إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (١٠٨)

الجمعية الفقهية السعودية

المستثنيات الفقهية

في المعاملات المالية

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية مقارنة

تأليف

د. خالد بن الأدهم العنزي

(رحمه الله تعالى)

أشرف على طباعته

أ. د. علي بن جريد العنزي

غفر الله له

دار التحبير
للنشر والتوزيع

المستثنيات الفقهية

المستثنيات الفقهية

في المعاملات المالية

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية مقارنة

ⓒ الجمعية الفقهية السعودية، ١٤٤٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر.
العنزي، خالد بن الأدهم
المستثنيات الفقهية في المعاملات المالية. / خالد بن الأدهم العنزي. - الرياض، ١٤٤٢هـ
٧٠٠ص، ١٧x٢٤سم
ردمك : ٩-٠-٩١٥٦١-٦٠٣-٩٧٨
١- المعاملات (فقه إسلامي)　أ. العنوان
ديوي: ٢٥٣　١٤٤٢/٩٣٥١
رقم الإيداع: ١٤٤٢/٩٣٥١
ردمك : ٩-٠-٩١٥٦١-٦٠٣-٩٧٨

الطَّبْعَةُ الأولى

١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

الجَمْعِيَّةُ الفِقْهِيَّةُ السُّعُودِيَّة
المملكة العربية السعودية
info@alfiqhia.org.sa
هاتف: ٠١١ ٢ ٥٨٢ ٢٩٣

دار التحبير للنشر والتوزيع

وقفية التحبير
المملكة العربية السعودية

w.altahbeer@gmail.com
جوال: ‎+٩٦٦ ٥٥ ٩٢ ١٩ ٠٥٥

إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (١٠٨)

الجمعية
الفقهية
السعودية

المستثنيات الفقهية

في المعاملات المالية

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية مقارنة

تأليف
د. خالد بن الأدهم العنزي

أشرف على طباعته
أ.د. علي بن جريد العنزي

دار التحبير
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

بين يدي الكتاب

الحمدُ لله وحدَه، وصلَّى الله وسلَّم وباركَ على عبدِه ورسولِه.

أما بعْد:

فراقِمُ هذا الكتاب وجامِعُه هو فضيلة الشَّيخ الدُّكتور خالِد بن الأدهَم بن سالم العنزي، المتوفَى عام ١٤٤١ للهِجرَة النَّبويَّة، رحِمَه الله رحمةً واسِعة، وأنزَل على قبرِه سحائِبَ الرِّضوان، وبوَّأه عالِ الجِنان.

وُلِدَ في مدينة عَرعر عام ١٤٠٧هـ، وفيها أكملَ تعليمه العام.

عرفته في أوَّل عمره ومُقتبل صِباه يافعًا محبًّا للخير، مجتهدًا في طلبِ العِلم، حريصًا على تحصِيله، كان محبًّا لكتابِ الله مُقبِلًا عليه، فحَفظَه ولَمَّا يتجَاوَز من عُمرِه السَّادِسة عشْرة، ومن محبَّتِه للقرآنِ الكَريم كانت له حلقة يُقرئ فيها التَّلاميذ كتابَ الله، اختار لها اسم: حلقة الشيخ عبد الرحمن السَّعدي ممتثِلًا -فيما أحسَبُ- قول النَّبي الكريم: "خيرُكم مَن تعلَّم القُرآن وعلَّمَه". رواه البخاري.

كان حريصًا فيها على تلاميذِه، فلَمَ تكُن مجرَّد حلقة تِلاوَة، بَل كانت حلقة تربية وتعليم، أحبَّ فيها طلَّابه القرآن، ولزِموا المسجِد، وكان هذا منه وهو في مرحَلةِ الثَّانويَّة، أجزلَ اللهُ له الثَّواب.

عرفته -أيضًا- مجتهدًا في حضورِ الدُّروسِ العِلميَّة التي أُقيمُها في الجامِع، فما كان يفوته منها شيء،

وهذا مع تحَلِّيه بالحِلمِ والوَقارِ والهُدوء والسَّكِينة.

فمَن رآه رأى آثار الدِّيانَة على مُحيَّاه الكَريم -رحِمَه الله وغفَر له-.

الْتحَق بكلية الشَّريعة عام ١٤٢٥هـ، ثم اختِيرَ للقضاءِ وعُيِّنَ في منطقة نَجْران، الْتحق ببَرنَامَج الماجستير في المعهد العالي للقَضاء، وقدَّم بحثه بعُنوان: "دراسة إجماعات ابن حزْم في كتابه مَراتِب الإجماع، في أبوابٍ من زكاةِ الحبوب والثِّمار وما بعدها"، وحصُل على درجَة الماجستير في أولِّ عام ١٤٣٢هـ.

ثم الْتحق ببَرنامَج الدُّكتوراه، وفي أثناء دراسَتِه وكتَابتِه الموضوع أُصِيبَ -غفرَ الله له- بمرض السَّرطان، وعلى وجه التَّحديد ٢/ ١٠/ ١٤٣٣هـ، فقابلَ هذا البَلاء -فيما أحسَبُ- بالرِّضا عن ربِّه، وعمَّا قضَاه له سُبحانه وقدَّره، ورُغم صعوبة المرض أكمَل رسالَته، وحصُل على تقديرِ ممتاز، تماثل بعد هذا للشِّفاء، لكنَّها كانت أيَّامًا قلائِل، فعادَ له المرض أشدُّ مما كان، وأقسى مما سبَق، بَيْد أنَّه لاقى قلبًا صلبًا، ورجلًا ثابتًا، وسيِّدًا أبِيًّا، لم تُلِن قناتُه أحاديثُ الأطِبَّاء، ولم تُهِن عزمُه أخبار الدكاترة، زارَني مرَّة -رحمه الله وأكرمَ نُزلَه- سألته فيها عن حالِه، فقال: إنهم قالوا له: لا يحتمل جسده عملية استئصال الورَم لخطورة العَمليَّة، ولضعفِ جسده؛ حيث توالَت عليه العمليَّات، يقولها وكأنَّه يحكي واقِع رجل آخر، ليس هو الماثِلُ أمامي، فعجِبتُ من ثَباتِه ورَباطَة جأشِه وقوَّة قلبِه، وكلُّ مَن زاره ورآه خرَج ينعت أخَانا بجميلِ النُّعوت وكريم الثَّنايا.

وما زال على هذا النَّعت الجليل حتى أتاه أجله، وحمَّ قضاؤه صَبيحَة يوم الاثنين الموافق ٥/ ١١/ ١٤٤١هـ، قدَّس الله تلك الرُّوح الطَّاهرَة، وألحقَه بالصَّالحين.

إهـــــداء

إلى مَن بَلَّغ الرسالة، وأدَّى الأمانة، ونَصَح الأمة، **إلى** نبي الرحمة ونور العالمين ﷺ.

إلى حكمتي وعلمي وأدبي وحِلْمِي، إلى يَنبوع الصبر والتفاؤل والأمل، **إلى** كل مَن في الوجود بعد الله ورسوله، **إلى** مَن كان دعاؤها سِر نجاحي، إلى القلب الكبير الذي وَسِعني بعطفه، إلى التي تَعجز قواميس الفكر عن وصفها **(أمي الغالية)**.

إلى مَن تَجَرَّعَ الكأس فارغًا ليسقيني قطرة حب، **إلى** مَن كَلَّتْ أنامله ليُقَدِّم لي لحظة سعادة، **إلى** مَن أماط الأشواك عن دربي ليُمَهِّد لي طريق العلم، **إلى** القلب الكبير **(والدي العزيز)**.

إلى مَن كانت لي سندًا ومُعِينًا ومُشَجِّعًا لي في كل لحظة من لحظات البحث، لها مني خالص التقدير والعرفان **(زوجتي الغالية)**.

إلى شيخيَّ الفاضلَين: الشيخ خالد بن جُرَيِّد العَنَزي، والشيخ عليّ بن جُرَيِّد العَنَزي؛ فبهما عَرَفْتُ العلم وأهله، وهما مَن غَرَسا في نفسي محبة العلم والحق، ومنهما نَهَلْتُ العلم منذ نعومة أظفاري، فجزاهما الله عني خير ما جزى صاحبَ فضل عن فضله.

إلى وَلَدَيَّ وقُرة عيني، إلى مَن أستشرف برؤيتهم المستقبل، **إلى** مَن تزول برؤيتهم كل أكدار الحياة **(أنس ولمياء)**.

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله، إلى مَن آثروني على أنفسهم، **إلى** مَن عَلَّموني معنى الحياة وقيمتها، إلى مَن أَظْهَروا لي ما هو أجمل من الحياة **(إخوتي) وأَخُص منهم** أبا باسم، الذي كان- وما زال- ركنًا شديدًا طالما آويتُ إليه.

إلى أَخَوَيَّ اللذين لم تلدهما أمي، إلى صديقيَّ الصَّدوقَين: **(أبي زيد)** و**(أبي دِيَم)**.

إلى مَن تَربطني بهم صلة رحم، إلى مَن يَحمل لقب **(آل بندر)** و**(آل مِجْوَل)**.

إلى جنودنا البواسل المرابطين على ثغور بلادنا.

إلى كل مَن شجعني على الدراسة والمثابرة.

أُهْدِي ثمرة جهدي هذا؛ حبًّا وكرامة، واعترافًا بالجميل، ووفاء بالمعروف.

شكر وتقدير

يَطيب لي بعد شكر الله ﷻ أن أتقدم بالشكر والعرفان، واعترافًا لأهل الفضل بفضلهم- إلى أستاذي الفاضل ومشرفي، الدكتور/ محمد جبر الألفي؛ لتَفَضُّله بالإشراف على هذا البحث؛ إذ أحاطني برعايته، وكَلَأني بتوجيهاته ونصائحه القَيِّمة.

لقد حَبَاني كثيرًا من وقته على الرغم من انشغاله، ومنحني من علمه ما يَنُوء مِثلي عن مكافأته، ولم يَبخل عليَّ يومًا بنصح أو إرشاد.

ولقد كان لخُلُقه العالي، وصبره المتفاني، ومعاونته الصادقة، وتوجيهاته السديدة، وكل ما أبداه من ملاحظات وإرشادات قَيِّمة -الأثرُ الكبير في إخراج هذه الرسالة بهذه الصورة!!

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لصاحب فكرة هذا الموضوع، شيخنا الدكتور/ عبد الله بن مبارك آل سيف، فما هذا الموضوع إلا ثمرة من ثمار أفكاره، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى لجنة المناقشة؛ لتَكَرُّمها بقَبول مناقشة هذه الرسالة، وإبداء توجيهاتها ونصائحها.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى جميع أساتذة قسم الفقه المُقارَن في المعهد العالي للقضاء، الذين تشرفتُ بالتتلمذ على أيديهم.

والشكر موصول إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، التي أتاحت لي الفرصة لخدمة الفقه الإسلامي.

وليَعذرني كل مَن سهوتُ عن شكره؛ فالشكر موصول لكل مَن أسدى إليَّ معروفًا، أو قَدَّم لي نصحًا، أو دعا لي بظَهْر الغيب.

مُقدِّمة

الحمد لله حمدًا يوافي نعمه ويكافئ مزيده، وله الشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

وأُصَلِّي وأُسَلِّم على نبينا وحبيبنا محمد ﷺ، الذي أَرْسَله الله رحمة للعالمين، وهاديًا ومُعَلِّمًا لهذه الأمة، يُفقهها في دينها، ويُبيِّن لها سبيل الخير- بشريعة لهم فيها صلاح دنياهم وآخرتهم.

وبعد:

فإِنَّ عِلم الفقه من أشرف العلوم وأَجَلِّها؛ فهو الذي يُنَظِّم أعمال المُكلَّفين في مرافق الحياة كلها، ويَربِطهم بخالقهم ومعبودهم؛ لذلك اهتم علماء المسلمين بالفقه اهتمامًا بالغًا!

فمنهم مَن اهتم به من الناحية الفرعية، فبَسَط فروعه وأبوابه ومسائله.

ومنهم مَن عَمِل على تأصيل هذه المسائل، بإرجاعها إلى أصولها واستنباطها من أدلتها العامة.

ومنهم مَن اهتم بربط هذه المسائل بقواعدها وضوابطها.

وهم في ذلك كله قد اتفقوا في أصول هذا العلم وكلياته، واختلفوا في جزئياته، ومِن هذه الجزئيات (المُستثنَيات الفقهية) فهو مسار قديم جديد من مسارات التأليف في الفقه، وبحاجة إلى تأصيل وتقعيد وتنظير وتمثيل.

فهو قديم من جهة أن فكرته من ابتكار المتقدمين وكتاباتهم وتأليفهم.

وجديد من جهة أنه لم يَحْظَ بحقه من الاهتمام بوصفه علماً مستقلًّا ومسار تأليف.

فمِن هنا اخترتُ أن يكون موضوع بحثي لنَيْل درجة الدكتوراه هو: (المُستثنَيات الفقهية في المعاملات المالية، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية مُقارَنة).

أهمية الموضوع:

تَظهر أهمية هذا الموضوع في النقاط الآتية:

١- يُعَدّ تقريب العلوم الشرعية هدفًا من أهداف المؤلفين والعلماء في التاريخ الإسلامي. وهذا البحث يَخدم هذا الجانب.

٢- المُستثنَيات الفقهية تشير في كثير من الأحوال إلى وجود قاعدة فقهية- أو: أصل فقهي- استُثنِيتْ منه، فما قَبْل الاستثناء إِذَنْ من مَظانِّ الأصول الفقهية أو القواعد.

٣- إِنَّ تَصَوُّر المسألة الفقهية مُرتَّب على معرفة أصلها وما استُثنِيتْ منه، سواء أكان قاعدة أم فرعًا أكبر منها.

وهذا بدوره يترتب عليه الاجتهاد في المسألة والحُكْم عليها، ومعلوم أن تَصَوُّر الوقائع شرط من شروط الاجتهاد المُجْمَع عليها، بل عَدَّ بعض العلماء معرفة المُستثنَى والمُستثنَى منه من شروط المُجتهِد والقاضي [1].

وهذا البحث يَصُب في هذا الجانب، عن طريق بيان الروابط بين الفروع والقواعد والمُستثنَيات، وبيان العلاقة بينها وتعليلاتها.

---

(١) كما أشار إلى ذلك الشيخ مرعي الكَرْمِيّ الحنبلي في «دليل الحكام في الوصول لدار السلام»، (ص١٧).

٤- هذه الطريقة من التأليف في الفقه - وأنا أحث على الكتابة فيها- مفيدة للمُعَلِّم والمتعلم على حد سواء!

فهي تُعِين المُعَلِّم على الشرح والتحضير، وتصوير المسائل للطلاب.

كما تُعِين المُراجِع من الطلاب على فَهْم المسائل، ولا سيما غير المتخصصين.

٥- هذه الطريقة طريقة مفيدة سهلة التناول لتدريس علم الفقه في بعض جوانبه -وهي المُستثنَيات الفقهية-باستخدام كتب الفقه وعلى ترتيب الأبواب الفقهية؛ مما يُعِين على فَهْم القواعد واستثناءاتها وضَبْطها.

٦- عِلم المُستثنَيات الفقهية عِلم دقيق، وعدم فَهْمه مِن قِبَل طالب العلم يوقعه في الخلط بين المسائل المتشابهة. والإحاطة به تَعصم الطالب من الوقوع في مشتبه المسائل؛ لأن المُستثنَى وإن شابه المُستثنَى منه في الظاهر، لكنه لم يُستثنَ إلا لدليل خاص.

٧- تَشابُه مسائل المُستثنَيات في كتب الفقه وتَشعُّبها وتَفرُّقها، وعدم التفريق بينها من حيث نوعها وما استندت إليه؛ مما يُحَتِّم علينا تحريرها وجَمْعها.

٨- عِلم المُستثنَيات الفقهية من العلوم النافعة، وله فائدة علم القواعد الفقهية نفسها؛ لأن به تُستخرَج القواعد من المُستثنَى منه. كما أن المُستثنَى قد يَرجع لقاعدة أخرى، وحينها يكون قد استُفيد منه في استخراج قاعدتين!

ويَحْسُن هنا أن أُبيِّن فائدة علم القواعد الفقهية، فقد قال ابن رجب فيها:

(تَضبط للفقيه أصول المذهب، وتُطْلِعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تَغَيَّبَ، وتَنظم له منثور المسائل في سِلك واحد، وتُقيِّد له الشوارد وتُقرِّب عليه كل متباعد)(١).

---

(١) «قواعد ابن رجب»، (ص٣).

وقال السيوطي:

(اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يُطَّلَع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويُتمهَّر في فَهْمه واستحضاره، ويُقتدَر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان؛ ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر)[(١)].

وقال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا -في مَعْرِض حديثه عن أهمية القواعد الفقهية-:

(فالطالب في دراسته الشرعية أو القانونية إذا تَلَقَّى هذه القواعد، وتَفَهَّم جيدًا مدلولاتها ومدى تطبيقاتها، ووَقَف على مُستثنَياتها التي يَكشف عنها الشرح، ثم تَفَهَّم الأسباب الفقهية التي قضت بقَطْع الفرع المُستثنَى عن قاعدته الظاهرة، وإلحاقه بقاعدة أو أصل آخَر- يَشعر ذلك الطالب في ختام دراسته لهذه القواعد وشروحها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تُشْرِف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي، نظريًّا وعمليًّا، ويَرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات)[(٢)].

٩- إن هذه الدراسة يمكن الاستفادة منها في الترجيح عند الاحتياج إليه، وذلك إذا تَعارَض أصلان في صورة ما.

وللترجيح أوجه متعددة، إحداها: أن يُقَدَّم الأصل الذي لم يُخْرَم باستثناء على الأصل الذي خُرِم به. وهو ما يُعْرَف عند الأصوليين بـ(ترجيح العامّ المحفوظ على العامّ المخصوص)[(٣)].

١٠- إن معرفة علم المُستثنَيات الفقهية تَجعل الدارس يَطَّلِع على أسرار الشريعة، ومدارك الأحكام، ومآخذ المسائل الفقهية المستثناة.

---

(١) «الأشباه والنظائر» (١/ ٦).

(٢) «شَرْح القواعد الفقهية»، (ص١١).

(٣) «روضة الناظر» (٢/ ٤٣).

١١- دراسة هذا العلم تُعِين على فَهْم مقاصد الشريعة وأسرارها وأهدافها العامة.

١٢- دراسة هذا العلم تُسَهِّل على غير المتخصصين في علوم الشريعة- الاطلاع على الفقه برُوحه ومضمونه بأيسر طريق.

١٣- معرفة القواعد الفقهية التي تَرجع لها المسائل في الباب- تُساعِد على معرفة مدارك الفقه وحقائقه، وتعليلاته الخفية وجوامعه؛ مما يُنَمِّي عند المتعلم المَلَكة الفقهية والنَّفَس الفقهي السليم المنضبط. وكل هذا يَظهر عن طريق معرفة المُستثنَى والمُستثنَى منه.

١٤- دراسة هذا العلم تفيد في المقارنة بين المذاهب الفقهية، وتُوضِّح وجوه الاختلاف، وأوجه التعليل عند كل مذهب.

١٥- أن الحاجة لا تَزال مَاسَّة لدراسة جانب المعاملات المالية؛ لتَعَلُّق حياة الناس بها وبمعاملاتهم.

١٦- معرفة أن الفقهاء وإن اسْتَثنَوْا صُورًا لم يَرِد النص باستثنائها، إلا أن ذلك لم يكن تَحَكُّمًا منهم، بل لمآخذ رأَوْها معتبرة عندهم.

وهم في ذلك غير معصومين، فكان من المهم الوقوف على هذه المآخذ وبيان ما يوافق النص منها وما يخالفه.

أسباب اختيار الموضوع:

١- ما ذَكَرَهُ الباحث آنفًا في أهمية الموضوع.

٢- رغبة الباحث في خدمة الفقه الإسلامي، عن طريق خدمة هذا العلم وإبرازه.

٣- رغبة الباحث في الإفادة من البحث وهذا العلم، تَعَلُّمًا وتعليمًا، وتَصَوُّر مسائله بصورة صحيحة.

٤- رغبة الباحث في تقديم إضافة في عرض الفقه؛ لتَكون منهجًا يسلكه المؤلفون في الفقه الإسلامي.

أهداف الموضوع:

١- إبراز علم المُستثنَيات الفقهية وإظهاره، وإثارة الاهتمام به لدى العلماء وطلبة العلم؛ ليكتبوا فيه، وجَمْع أهم مسائله ليَتبين بها المقصود من العلم.

٢- تشجيع الباحثين على التأليف في الفقه بهذه الطريقة؛ لِما فيها من توضيح الفقه وتقريبه للناس.

الدراسات السابقة:

لم أجد -فيما أعلم- مَن كَتَب في هذا الموضوع ودَرَسه دراسة مؤثرة تَمنع من الخوض فيه، لكن هناك مَن تكلم عن الاستثناء في القواعد الفقهية في ثنايا كلامهم عن القواعد الفقهية، كما فَعَل الزركشي والسيوطي وابن نُجَيْم.

وهناك مَن اعْتَنى به اعتناءً خاصًّا، كالإمام الفَنَّاكي (ت ٤٤٨هـ) في كتابه «المناقضات» الذي ذَكَر بعض العلماء أن موضوعه هو (الحَصْر والاستثناء).

كما أن الإمام تاج الدين ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) اعْتَنى بالاستثناء في كتاب له كبير في الأشباه والنظائر، وهو غير كتاب «الأشباه والنظائر» المطبوع المعروف.

وللإمام عيسى الغَزِّي الشافعي (ت ٧٩٩هـ) كتاب عن القواعد، ذَكَر فيه القاعدة وما يُستثنَى منها.

كما أن **الإمام البَكْري (المتوفى بعد سنة ٨٠٦هـ) له كتاب «الاستغناء في الفَرْق والاستثناء»** وهو مختص بالفروق والاستثناءات من القواعد الفقهية، مُرَتَّب على الأبواب الفقهية.

وقد قام الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي بتحقيقه، في رسالة علمية تَقَدَّمَ بها الباحث لنَيْل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، بجامعة أُم القرى، وقد قَدَّم الباحث للتحقيق بقسم دراسي، تَناوَل فيه موضوعاتٍ عِدَّة، مِن بينها بعض قضايا الاستثناء؛ إذ تَحَدَّثَ عن تعريف الاستثناء في اللغة وعند الأصوليين، ولم يتحدث عن تعريف الاستثناء من القواعد، كما تَحَدَّثَ عن أهم الكتب التي عُنِيَتْ بذكر الاستثناء.

ولكنه تَناوَل هاتين القضيتين بشكل مختصر جدًّا؛ إذ تَحَدَّثَ عنهما في نحو ثلاث صفحات فقط، كما أنه تَرَكَ قضايا أخرى تندرج في الدراسة النظري للاستثناء [١].

ولشهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ) كتاب «الاستغناء في الاستثناء» وهو في تأصيل علم الاستثناء؛ إذ قَسَّم المؤلف الاستثناء إلى أقسام، وتَعَرَّضَ في كل قسم لنصوص الوحيين في الفقه أو في غيره. والمراد هو التمثيل والتوضيح لا الحصر.

أما بحثي، فالغرض منه جمع الفروع الفقهية المستثناة [٢].

وهناك مؤلفات معاصرة في الاستثناء، هي:

١ - «الاستثناء عند الأصوليين» للدكتور أكرم أوزيقان.

وهي رسالة تَقَدَّمَ بها الباحث لنَيْل شهادة الماچستير في أصول الفقه، من الجامعة الإسلامية، عام (١٤٠٤هـ).

---

(١) انظر: مقدمة «الاستثناء من القواعد الفقهية، أسبابه وآثاره» للدكتور عبد الرحمن الشعلان، (ص٦-١١). ومقدمة «تحقيق الاستغناء في الفرق والاستثناء» (١/ ٨٣-٨٦).

(٢) انظر: مقدمة المؤلف للكتاب، (ص٨ وما بعدها).

وهذا الكتاب أصولي بَحْت وليس فقهيًّا؛ إذ الغرض من هذا البحث التقعيد الأصولي. أما الفروع الفقهية التي ذَكَرها الباحث، فلم تكن مقصودة من البحث، وإنما ذَكَرها في سياق التمثيل؛ ولهذا جاءت محدودة! أما بحثي، فالغرض منه جمع الفروع الفقهية المستثناة.

وخلاصة ما ذَكَره: هو تعريف الاستثناء، وأدواته، وشروطه، وأقسامه، وتَعَدُّد الاستثناء، ومقاديره، وتقدير دلالته، والاستثناء من العدد، ثم تَكلم عن مفهوم الاستثناء وقواعد متفرقة فيه، ثم تَكلم عن استثناء المجهولات، وتحقيقات، وتقسيمات استثنائية (١).

٢- **«المُستثنَيات في العبادات والمعاملات، وقواعدها الشرعية التي تَرِد عليها في الفقه الإسلامي»، إعداد: الباحث نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل.**

وهذا البحث رسالة علمية تَقَدَّمَ بها الباحث لنَيْل درجة الماچستير من كلية الشريعة والقانون، بجامعة الأزهر، في عام (١٤١٧هـ).

ويَظهر من عنوانها أن مقصود الباحث دراسة المُستثنَيات في العبادات والمعاملات دراسة فقهية، ولكن الباحث قَدَّم للرسالة بفصل سَمَّاه: (الفصل التمهيدي) تَحَدَّثَ فيه عن موضوعات عِدَّة تتعلق بالجوانب النظرية للقواعد الفقهية، ومِن بينها الاستثناء من القواعد، تَحَدَّثَ فيه عن تعريف الاستثناء في اللغة وفي اصطلاح الأصوليين، وذلك في نصف صفحة، ثم تَحَدَّثَ لاحقًا عن معنى المُستثنَيات من القواعد، وذلك في ثلاثة أسطر، ولم يتحدث عن موضوعات أخرى تتصل بالجانب النظري للاستثناء سوى ما سبق (٢).

---

(١) انظر: مقدمة الباحث لرسالته، (ص١٢ وما بعدها).

(٢) انظر: (ص ١٠-١٢) من الرسالة نفسها.

والمُناسِب لحقيقة هذه الرسالة أن يكون عنوانها: «المُستثنَيات من القواعد الفقهية في العبادات والمعاملات» وهو ما عَبَّر به الباحث في أبواب الرسالة؛ إذ قال في الباب الأول: (المُستثنَيات من القواعد الفقهية في العبادات)، وقال في الباب الثاني: (المُستثنَيات من القواعد الفقهية في المعاملات) [(١)].

٣- **«الاستثناء في القواعد الفقهية» لسعاد أوهاب بنت محمد الطيب.** وهي رسالة ماچستير مُقَدَّمة من الباحثة.

وملامح هذه الرسالة تتضح في النقاط الآتية:

أ) أنها مختصة بالقواعد الفقهية العامة؛ إذ قالت في مقدمتها:

(اخترتُ في هذه المحاولة أن أتناول مجموعة من القواعد الفقهية العامة كنموذج تطبيقي؛ لتوضيح ظاهرة الاستثناء في القواعد عمومًا بشرح أسبابه، ثم أذكر المسألة المستثناة، دون التقيد بمذهب بعينه، أعرض فيه القاعدة الفقهية العامة بالشرح والتطبيق عليها، ثم أُردفها بأمثلة تطبيقية لما استُثنِي منها من فروع ضمن السبب المذكور...) [(٢)].

وقد خالف بحثي بحثها في أن بحثي عامّ في المُستثنَيات الفقهية في المعاملات المالية، سواء أكان المُستثنَى منه نصًّا شرعيًّا بمنطوقه ومفهومه، أم اجتهاد فقيه، أم دليلًا مُختلَفًا فيه، أم شرطًا أم مانعًا، أم مما لم يَنص عليه الفقهاء مما اسْتُنبِط من كلامهم.

ب) أنها لم تَلتزم حصر المستثنيات من كل قاعدة؛ إذ قالت:

(كما أنني لم آتِ على كل الاستثناءات من كل قاعدة؛ لأن هذا يَطول بل يستحيل،

---

(١) وهذا ما نَبَّه له الدكتور عبد الرحمن الشعلان في مقدمة «الاستثناء من القواعد الفقهية، أسبابه وآثاره»، (ص ١٤).

(٢) انظر: مقدمة الباحث في الرسالة ذاتها، (ص١٥، ١٦).

لكن أَخَذْتُ بعض المسائل كنماذج في خروجها عن حُكْم كليتها لتلك الأسباب المذكورة)[١].

وأمَّا أنا فقد التزمتُ تَقَصِّي كل المستثنيات في المعاملات المالية.

ج) **أنها لم تَلتزم التحقق من صحة الاستثناء! وهذا ثمرة بحثي؛** لأن الاستثناء قد يكون موجودًا لكن أدلته ضعيفة لا يُعَوَّل عليها، ويترجح خلافه، إما لهذا السبب وإما لغيره، كما سيَتبين في بحثي.

د) أنها لا تَقرن ما تذكره من الأقوال بأدلة أصحابها إلا نادرًا، ولا تُناقِش الأدلة، ولا تَذكر ثمرة الخلاف.

وقد ذَكَرَتْ في مقدمتها أن (الأمثلة التطبيقية لمفردات القاعدة تنطبق عمومًا على المذهب الحنفي، تبعًا للشروح التي اعتمدتُها في (شرح القواعد)، ولم أَرَ ضرورة في تحقيقها على المذاهب الأخرى) [٢].

وذلك لأنها إنما أرادت التمثيل فقط لبيان القاعدة، وليس المقصود تحرير المسائل وتحقيقها على المذاهب المعتبرة، كما هو الحال في بحثي.

لذا فإنها في بحثها لم تلتزم المقارنة بين المذاهب الأربعة.

٤- **«الاستثناء من القواعد الفقهية: أسبابه وآثاره» للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان.**

وهو بَحْث علميّ مُحكَم مفيد ومتميز، وهو مختص بالقواعد الفقهية!!

---

(١) مقدمة الباحثة في الرسالة نفسها (ص١٦).

(٢) المصدر السابق (ص ١٦).

واكتفى بما يُوضِّح القاعدة من الأمثلة، إذ قال:

(وقد اخترتُ التركيز على قواعد (مجلة الأحكام العدلية)... كما أنني قمت بجرد لمعظم كتب القواعد الفقهية لدى المتقدمين والمعاصرين...).

ثم قال: (والعناية بضرب الأمثلة التي تُوضِّح الجانب النظري من الدراسة)[١].

كما أنه اقتصر في بحثه على أسباب الاستثناء من القواعد الفقهية، وآثاره.

٥- «**الاستثناء وتطبيقاته في الفقه الإسلامي**» وهو بَحْث تكميلي تَقَدَّمَ به الباحث عبد الله الحبجر؛ لنَيْل درجة الماچستير، من جامعة الملك سعود.

وبحُكْم تقارب موضوعي وموضوعه، فإني سأُفَصِّل ذكر الفروقات والملاحظات على النحو الآتي:

أولًا: أن هدف بحثه هو تقرير قواعد الاستثناء، مع دراسة بعض المسائل. فهو ينتقي بعض المسائل من بعض الأبواب.

وهو ما أشار إليه الباحث في الباب الثاني، إذ قال:

(الباب الثاني: بعض تطبيقات الاستثناء في الفقه الإسلامي، وفيه انتقاء بعض الأمثلة من كتب الفقه) [٢] وسار على هذه الطريقة في بحثه كله.

ثانيًا: أنه لا يُعَدّ بحثًا فقهيًا مُقارَنًا؛ إذ تَرَك جملة من المسائل- بل جملة من الأبواب- بلا دراسة فقهية مُقارَنة! كما صَنَع في أبواب المعاملات؛ إذ سَرَد (٢٧) مسألة بلا تفصيل فقهي، ولا ذِكر لأدلة الأقوال، وبلا مناقشة ولا ترجيح، ولم يتحقق من صحة الاستثناء وعدمه!!

---

(١) انظر مقدمة الباحث في الرسالة ذاتها (ص١٧-١٩).

(٢) انظر: مقدمة الباحث من الرسالة نفسها (ص٢-٥).

وهذا ما أَفْقَدَ البحث ثمرته؛ إذ ليست العبرة بمعرفة الاستثناء، بل العبرة بمعرفة ما يصح منه بالدليل، وهو الذي تَعَبَّدَنَا الله عز وجل به.

وهو ما أَقَر به الباحث في مقدمة بحثه، إذ قال:

(وقد حاولتُ جاهدًا ومن خلال المسائل العلمية المطروحة في البحث- أن أستوفي المذاهب الأربعة خاصة وغيرها -إِنْ تَيَسَّرَ- غير أن مرادي لم يتحقق في جميع المسائل) [(١)].

والمتبع للبحث يرى جليًّا أن البحث في غالبه نظري، وما أورده من أمثلة إنما هي للتوضيح. وليس الغرض من البحث جمع المُستثنَيات ولا التحقق من صحتها - كما هو في بحثي-.

ثالثًا: أن بحثه مختصر جدًّا؛ إذ لم يتناول من أبواب المعاملات إلا سبعة أبواب، وهي: (البيع، والإجارة، والسَّلَم، والهبة، والعطية، والوكالة، والشركة) وقد جَمَع (٢٧) مسألة سَرَدها سردًا في (١٣) صفحة.

أما بحثي فقد استقصى المسائل في أبواب المعاملات كلها؛ إذ بَلَغَتْ (٧٥) مسألة، وهي دراسة فقهية مُقارَنة لكل استثناء، مع بيان سبب الاستثناء وصحته من عدمه.

وسأورد بعض الأمثلة ليتبين وجه ما ذَكَرْتُ؛ إذ قال في (المبحث الثالث: بعض تطبيقات الاستثناء في السَّلَم:

المسألة الأولى: كل ما لا ينضبط إلا بالكيل فهو مكيل، وإلا فموزون.

واستَثنى مالك وبعض الشافعية اللؤلؤ الصغار، فيَجوز السَّلَم فيها كيلًا ووزنًا. فانضباطها ممكن بالموازين، ويقال في الوقت الحاضر: إن موازين الجواهر من أدق الموازين.

---

(١) انظر: مقدمة الباحث في الرسالة نفسها (ص٣).

المسألة الثانية: السَّلَم في اللبن جائز عند الحنفية والشافعية. واستثنى الشافعية من ذلك: السَّلَم في اللبن الحامض.

المسألة الثالثة: استَثنى الحنفية التفاوت اليسير في السَّلَم في البيض والجوز؛ لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت. بخلاف البِطيخ والرمان؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا.

المسألة الرابعة: ما لا يَجوز سَلَمُه لا يَجوز قرضه إلا في مسائل:

١- الخبز في قول للشافعية.

٢- الجزء من الدار، لا يَجوز السَّلَم فيه ويجوز قرضه.

٣- الدنانير والدراهم، يَجوز قرضها، ولا يجوز السَّلَم فيها.

المسألة الخامسة: المُسْلَم فيه شَرْطه أن يكون منضبط الصفات. واستَثنى النووي من ذلك السُّكَّر والدَّبَس- وهو عصارة الرطب أو العنب- واللِّبَأ- وهو أول اللبن في النتاج-) [(١)].

وهذا كل ما ذَكَره في باب السَّلَم، وهذا عَمَله في باب المعاملات كاملًا، وغالب بحثه كذلك.

٦- «المستثنيات بالنص من المنهيات في غير العبادات والمعاملات» للباحثة نهال بنت إبراهيم أبا حسين.

وهي رسالة ماچستير مُقَدَّمة لقسم الفقه بكلية الشريعة، في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام (١٤٢٨-١٤٢٩هـ).

---

(١) (ص١٠٦، ١٠٧) من الرسالة ذاتها.

ورسالتها تفارق بحثي في ثلاثة أمور:

أ) أنها خاصة في المُستثنَيات بالنص. وبحثي عامّ في المُستثنَيات بالنص والظاهر، والمنطوق والمفهوم، والشرط والمانع، والاجتهاد والقياس؛ لذا فإن بحثي أعم من هذا الوجه.

ب) أنها خاصة بالمنهيات. وبحثي عامّ في المنهيّات وغيرها.

ج) أنها في غير العبادات والمعاملات. وبحثي في المعاملات المالية، فلا تَقاطُع بين الموضوعين ألبتة.

٧- «المُستثنَيات بالنص من المنهيات في العبادات والمعاملات» للباحثة إيمان الشلهوب.

وهي رسالة ماجستير مُقَدَّمَة لقسم الفقه بكلية الشريعة، في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام (١٤٣٠-١٤٣١هـ).

ورسالتها تفارق بحثي في ثلاثة أمور:

أ) أنها خاصة بالمُستثنَيات بالنص. وبحثي عامّ في المُستثنَيات بالنص وغيره.

ب) أنها خاصة بالمنهيات. وبحثي عامّ في المنهيات وغيرها.

ج) بسبب اختلاف الضابط بين الموضوعين، لم تتفق خطة الموضوع المُقَدَّم مع هذه الرسالة، إلا في ثلاث مسائل، وهي:

الأولى: استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المُزابَنة.

الثانية: استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من النهي عن المسابقة بعِوَض.

الثالثة: استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته.

٨- «المُستثنَيات بالنص من الأوامر في الفقه الإسلامي» للباحث مُسْفِر القحطاني.

وهي رسالة مُقَدَّمَة لنَيْل درجة الماچستير في قسم الفقه، في كلية الشريعة، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام (١٤٣٣-١٤٣٤هـ).

ورسالته تفارق بحثي في أربعة أمور:

أ) أنها خاصة بالمُستثنَيات بالنص. وبحثي عامّ في الاستثناء بالنص وغيره، فبحثي أعم من هذا الوجه.

ب) أنها خاصة بالأوامر. وبحثي يتناول الأوامر وغيرها.

ج) أنها اقتصرت على ذكر المُستثنَيات بأدوات الاستثناء (إلا أو إحدى أخواتها) وبحثي أعم من هذا الوجه؛ إذ أذكر ما صَرَّح الفقهاء فيه بالاستثناء، سواء بأدوات الاستثناء أم بغيرها، وما لم يصرحوا فيه مما استنبطته من أقوالهم.

د) أنها مختصرة جدًّا؛ إذ لم يَذكر الباحث في باب المعاملات سوى أربع مسائل؛ وذلك لضِيق الضابط الموضوع لبحثه. كما أن هذه المسائل لا تتقاطع مع مسائل بحثي؛ وذلك لخروجها عن الضابط المُعتمَد لهذا البحث.

٩- «المُستثنَيات باجتهاد الفقهاء» وقد بُحِث في أبواب عِدَّة لعدد من الباحثين، في رسائل ماچستير في قسم الثقافة الإسلامية، في جامعة الملك سعود.

وبيانها كالآتي:

- (**كتاب الطهارة**)، للباحث محمد قحل، في عام (١٤٣٣-١٤٣٤هـ).
- (**كتاب الصلاة**)، للباحث عمر الشهري، في عام (١٤٣٢-١٤٣٣هـ).

- **(من أول كتاب الزكاة إلى نهاية كتاب الجهاد)**، للباحث أيمن الشدوخي، في عام (١٤٣١-١٤٣٢هـ).

وهي تفارق بحثي في أمرين:

أ) أنها في المُستثنَيات باجتهاد الفقهاء. وبحثي عامّ في اجتهادات الفقهاء وغيرها؛ لذا فإن بحثي أعم من هذا الوجه.

ب) أنها في العبادات. وبحثي متعلق بالمعاملات المالية.

- **(أبواب المساقاة والمُزارَعة والإجارة)** للباحث فهد العيبان، في عام (١٤٣٣-١٤٣٤هـ).

وهي تفارق بحثي في أمرين:

أ) أنها أخص من بحثي؛ لاقتصارها على المُستثنَيات باجتهاد الفقهاء.

ب) اقتصارها على أبواب المساقاة والمزارعة والإجارة.

ج) أن الباحث ذَكَر (٣٥) مسألة، أربع منها ذُكِرَتْ في بحثي؛ وذلك لخروج البقية عن مضمون بحثي بمقتضى الضابط، وهي:

الأولى: استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به.

الثانية: استثناء حال ما إذا أَجَّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبي.

الثالثة: استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد.

الرابعة: استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص.

كما أن الباحث يَستثني من القواعد الفقهية. وهو خارج محل بحثي تمامًا.

- (**كتاب الوقف**) للباحث محمد المديني، في عام (١٤٣٣-١٤٣٤هـ).

وهي تفارق بحثي في أمرين:

أ) أنها أخص من بحثي؛ لاقتصارها على المُستثنَيات باجتهاد الفقهاء.

ب) أنها مقتصرة على كتاب الوقف. وبحثي عامّ في أبواب المعاملات المالية.

الإضافة العلمية في البحث:

١- أن البحث اشتمل على تأصيل لعِلم جليل اهتم به العلماء، وهو علم المُستثنَيات الفقهية.

وقد اشتمل البحث على تأصيل هذا الفن بالدليل، وبيان عناية العلماء به.

٢- اشتمل البحث على نموذج تطبيقي يُوضِّح المراد بهذا العِلم، وطريقة الكتابة فيه لمن أراد، وهو في الحقيقة تَتَبُّع واستقراء وتحليل لكلام العلماء، واستخراج من بطون الكتب، وفيه ترتيب وتقريب لهذه المسائل التي لا تجدها في كتب الفقه بهذا الجَمْع والترتيب، وهذا يُعِين على فَهْم المسائل واستيعابها.

٣- في هذا البحث تم جرد واستخراج واستنباط المُستثنَيات الفقهية- سواء أكانت من نص أم من ظاهر، أم من منطوق أم من مفهوم، أم من شرط أم من مانع-على ترتيب الأبواب الفقهية في المعاملات المالية، وبيان الراجح من صحة الاستثناء أو عدمه، مع بيان سبب الاستثناء.

٤- أن البحث يَجمع بين المنهج الاستقرائي والتحليلي والاستنباطي والتطبيقي، وهذا نادرًا ما يجتمع؛ ليس لصعوبته فحَسْب، بل لأنه يحتاج إلى طول نَفَس وصبر.

منهج البحث:

١- بيان الاستثناء، والاستدلال عليه، وذِكر الأقوال والأدلة، ومناقشتها، وبيان الراجح.

كما أُبيِّن القاعدة المرتبطة بالاستثناء وسبب الاستثناء، إن وُجِدا.

٢- إذا كانت المسألة المستثناة غير منصوص عليها، وتَوصلتُ لها بالاجتهاد والاستنباط، فإني أوضحه عن طريق التتبع والاستقراء لفروع المسائل ذات العلاقة بالباب، مع ذكر سبب الاستثناء إن وُجِد.

٣- تحرير محل النزاع في المسألة، ثم ذِكر الأقوال المُعتمَدة في المذاهب الأربعة، مع ذكر الأدلة والترجيح، وذِكر ثمرة الخلاف إن وُجِدَتْ.

٤- توثيق الأقوال من كتب المذاهب المُعتمَدة.

٥- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة- في التحرير والتوثيق والتخريج والجَمْع.

٦- التركيز على موضوع البحث، وتَجنُّب الاستطراد.

٧- تَجنُّب ذِكر الأقوال الشاذة.

٨- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب، والجزء والصفحة، وبيان ما ذَكَره أهل الشأن في درجتها -إن لم تكن في «الصحيحين» أو أحدهما-فإن كانت كذلك اكتفيتُ حينئذٍ بتخريجها منهما.

٩- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحُكْم عليها.

١٠- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات

التنصيص للآيات الكريمة والأحاديث الشريفة والآثار وأقوال العلماء، وأميز العلامات أو الأقواس ليَكون لكل منها علامته الخاصة.

١١- ترقيم الآيات، وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١٢- ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز، بذكر الاسم، والنَّسَب، وتاريخ الوفاة، والمذهب العَقَدي والفقهي، والعِلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته.

١٣- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المُعتمَدة.

١٤- توثيق المعاني من معاجم اللغة المُعتمَدة وتكون الإحالة عليها بالجزء والصفحة والمادة.

١٥- إذا وَرَد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فِرَق أو أشعار... أو غير ذلك، أُعَرِّف بها، مع وضع فهارس مختصة بها إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٦- تُعَدّ الخاتمة مُلخَّصًا للبحث يعطي فكرة واضحة عما تضمنه البحث، مع إبراز أهم النتائج والتَّوصيَات.

١٧- إتباع البحث بالفهارس الفنية المعتبرة، وهي:

أولًا: فهرس الآيات القرآنية.

ثانيًا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

ثالثًا: فهرس تراجم الأعلام.

رابعًا: فهرس المصادر والمراجع.

خامسًا: فهرس الموضوعات.

ضابط البحث:

المسائل المستثناة بنص أو اجتهاد خَاصَّين من مسائل المعاملات المالية، سواء أكان الاستثناء بأداة استثناء أم كان بدونها.

فلا يَدخل في نطاق البحث ما كان مستثنى بالأدلة العامة، مما هو خارج عن أصل المسألة وصورتها.

وعليه: فلا يَدخل ما يشترطه المتعاقدان، وذلك كقولهم: (إلا أن يشترطه المشتري...).

ولا يَدخل ما يتراضى به المتعاقدان، كقولهم: (إلا أن يَرضى...).

ولا يَدخل ما كان من باب الضرورة والحاجة.

ولا يَدخل ما يُستثنَى بالنية، كقولهم: (إلا أن ينوي كذا...)، أو قولهم: (إلا أن يريد كذا...).

ولا يدخل ما يتفق عليه طرفا العقد، كقولهم: (إلا أن يتفقا...).

ولا يَدخل ما كان من باب العجز، كقولهم: (إلا أن يَعجز...).

ولا يَدخل ما كان من باب المانع، كقولهم: (إلا أن يَمنع منه مانع).

وهذا مختلف عن الاستثناء من المانع الذي يُعَدّ من صلب بحثي؛ وذلك أن الشروط في العقود، والضرورة والحاجة، ورضا المُتعاقدَيْنِ والنية، واتفاق المُتعاقدَيْنِ، ووجود العجز والمانع- كلها أسباب خارجة عن أصل الاستثناء. والمراد بالبحث هو المسائل المستثناة بدليل خاص بها، سواء أكان هذا الدليل الخاص نصًّا أم اجتهادًا.

خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة- تشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، والإضافة العلمية في البحث، ومنهج البحث، وخطة البحث.

الفصل التمهيدي: تعريف الاستثناء وأركانه وشروطه وأدواته، وأقسامه، وأسبابه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاستثناء، وأركانه وشروطه، وأدواته.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستثناء لغةً واصطلاحًا.

المطلب الثاني: أركان الاستثناء وشروطه.

المطلب الثالث: أدوات الاستثناء.

المبحث الثاني: أقسام الاستثناء.

المبحث الثالث: أسباب الاستثناء.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: الاستثناء بسبب النص.

المطلب الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع.

المطلب الثالث: الاستثناء بسبب القياس.

المطلب الرابع: الاستثناء بسبب الاستحسان.

المطلب الخامس: الاستثناء بسبب الاستصحاب.

المطلب السادس: الاستثناء بسبب الاستصلاح.

المطلب السابع: الاستثناء بسبب العُرْف.

الباب الأول: المُستثنَيات الفقهية في العقود المالية.

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: المُستثنَيات الفقهية في عقود المُعاوَضات.

وفيه اثنا عشر مبحثًا:

المبحث الأول: المُستثنَيات في صِيَغ البيع.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء حال التفرق عن المجلس، والتشاغل بما يَقطع القَبول- من صحة تراخي القَبول عن الإيجاب.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الإيجاب والقَبول، وبيان حُكْم تراخي القَبول عن الإيجاب.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء التفرق عن المجلس والتشاغل بما يَقطع القَبول.

المطلب الثاني: استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المعاطاة، وبيان حُكْمها.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشيء اليسير.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في شروط البيع.

وفيه اثنا عشر مطلبًا:

المطلب الأول: استثناء الإكراه بحِقّ مِن الإكراه الذي يَبطل به البيع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع المُكْرَه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الإكراه بحِقّ.

المطلب الثاني: استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبي المُميِّز والسفيه بدون إذن وليهما.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصبيّ المُميِّز والسفيه، وبيان حُكْم بيعهما دون إذن وليهما.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشيء اليسير.

المطلب الثالث: استثناء بيع دُود القَزّ مع قَزّه من عدم جواز بيع دُود القَزّ.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف دُود القَزّ، وبيان حُكْم بيعه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع دُود القَزّ مع قَزّه.

المطلب الرابع: استثناء بيع النَّحل في كُوَّارته مع العسل- من عدم جواز بيع النَّحْل.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع النَّحْل.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع النَّحْل في كُوَّارته مع العسل.

المطلب الخامس: استثناء بيع كلب الصيد والحرث والماشية- من النهي عن بيع الكلب.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الكلب.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء كلب الصيد والحرث والماشية.

المطلب السادس: استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العَالِم بنجاستها- من النهي عن بيعها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الأدهان النجسة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيعها للكافر العَالِم بنجاستها.

المطلب السابع: استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة- من النهي عن بيع اللبن في الضرع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع اللبن في الضرع.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة.

المطلب الثامن: استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير- من عدم صحة بيعه وشرائه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الأعمى وشرائه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير.

المطلب التاسع: استثناء حال السفر دون الحضر من عدم جواز بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال السفر دون الحضر.

المطلب العاشر: استثناء ما فيه نفع من الحشرات من عدم جواز بيع الحشرات.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الحشرات.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما فيه نفع من الحشرات.

المطلب الحادي عشر: استثناء مَن يَتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع العصير.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن يَتخذ العصير خمرًا.

المطلب الثاني عشر: استثناء وقت الفتنة من جواز بيع السلاح.

وفيه فرع واحد، وهو: التحقيق في استثناء وقت الفتنة.

المبحث الثالث: المُستثنَيات في الشروط في البيع.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء بيع العُربون من عدم جواز البيع المُعَلَّق على شرط.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم البيع المُعَلَّق على شرط.

الفرع الثاني: تعريف بيع العَربون، والتحقيق في استثنائه.

المبحث الرابع: المُستثنَيات في باب الخيار.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدَين، والتصرف في المبيع زمن الخيار- من ثبوت خيار المجلس للمتبايعَين.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم خيار المجلس.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدَين، والتصرف في المبيع زمن الخيار.

المطلب الثاني: استثناء تَعَذُّر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأَرْش لمن اشترى مَعيبًا لم يَعْلَم عيبه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم أخذ الأَرْش لمن اشترى مَعيبًا لم يَعلم عيبه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تَعَذُّر رد المبيع.

المبحث الخامس: المُستثنَيات في باب الربا والصرف.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المُزابَنة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع المُزابَنة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع العرايا.

المبحث السادس: المُستثنَيات في باب بيع الأصول والثمار.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل- من النهي عن بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبّه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبّه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل.

المطلب الثاني: استثناء ما تُهْلِكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث- من وجوب الضمان على البائع. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان فيما تُهْلِكه الجائحة من الثمر على أصوله.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما دون الثلث.

المبحث السابع: المُستثنَيات في باب السَّلَم.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء السَّلَم من النهي عن بيع المعدوم.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع المعدوم.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء السَّلَم.

المبحث الثامن: المُستثنَيات في باب الشركة.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء ما دون النصف من عدم صحة شركة العِنَانِ بالمغشوش من الأثمان.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما دون النصف.

المطلب الثاني: استثناء السفر المَخُوف من جواز السفر بالمال للمُضارِب.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم السفر بالمال للمُضارِب.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء السفر المَخُوف.

المطلب الثالث: استثناء ما إذا كان المُضارِب الأول يتضرر بمُضارَبة المُضارِب لآخَر- من جواز مضاربته لآخَر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مُضارَبة المُضارِب لآخَر.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء كون المُضارِب الأول يتضرر.

المطلب الرابع: استثناء الشركة في اكتساب المباحات، وحال اختلاف الصنائع والمكان- من صحة شركة الأبدان.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شركة الأبدان.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات، وحال اختلاف الصنائع والمكان.

المبحث التاسع: المُستثنَيات في باب المساقاة.

وفيه مطلب واحد، وهو : استثناء النخل والكَرْم من عدم جواز المساقاة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المساقاة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء النخل والكَرْم.

المبحث العاشر: المُستثنَيات في باب الإجارة.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم استئجار الحيوان للصيد به.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الكلب.

المطلب الثاني: استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب النافعة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الكتب النافعة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المصحف.

المطلب الثالث: استثناء حال ما إذا أَجَّر الشريكان معًا- من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبي.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة المشاع لأجنبي.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا أَجَّر الشريكان معًا.

المطلب الرابع: استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته- من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن كانت العين في إجارته.

المطلب الخامس: استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان على الأجير الخاص.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط.

المطلب السادس: استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعُروض.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الأرض بالعُروض.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المطعوم من سائر العروض.

المطلب السابع: استثناء الظِّئْر من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الظِّئْر.

المبحث الحادي عشر: المُستثنَيات في باب السبق.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه- من النهي عن المسابقة بعِوَض.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المسابقة بعِوَض.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه.

المطلب الثاني: استثناء المفضول في المسابقة من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم عقد المسابقة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المفضول في المسابقة من جواز الفسخ لكلا الطرفين.

المبحث الثاني عشر-المُستثنَيات في باب الشُّفْعة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع- من جواز إسقاطه حقه في الشُّفْعة. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إسقاط الشفيع حقه في الشُّفْعة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع.

المطلب الثاني: استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية- من تضمين المشتري إذا تَلِف بعض المشفوع فيه وهو بيده.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المشفوع فيه الذي تَلِف بعضه وهو بيد المشتري.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية.

المطلب الثالث: استثناء حال النقص من عدم لحوق تَغيُّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تَغيُّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال النقص.

الفصل الثاني: المُستثنَيات الفقهية في عقود التبرعات.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: المُستثنَيات في باب العارية.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء منافع البُضْع من جواز العارية.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مشروعية العارية.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء منافع البُضْع.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في باب الوديعة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المُودَع- من عدم ضمانه عند عدم التعدي أو التفريط. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان الوديعة بلا تَعَدٍّ ولا تفريط من المُودَع.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المُودَع.

المطلب الثاني: استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المُودَعَ عن علفها- من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان البهيمة المُودَعة إذا ماتت لعدم علفها مِن قِبَل المُودَع.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المُودَعَ عن علفها.

المبحث الثالث: المُستثنَيات في باب الوقف.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الوقف المُعَلَّق بالموت من عدم صحة تعليق الوقف على شرط.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تعليق الوقف على شرط.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الوقف المُعَلَّق بالموت.

المطلب الثاني: استثناء المسجد وما حَكَم بلزومه الحاكم، وما أُوصِيَ به بعد الموت- من جواز رجوع الواقف في الوقف.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الرجوع في الوقف.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما حَكَم بلزومه الحاكم، وما أُوصِيَ به بعد الموت.

المطلب الثالث:استثناء حال تعطل المنافع من عدم جواز بيع الوقف.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الوقف.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تَعَطُّل المنافع.

المطلب الرابع: استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم- من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم.

المبحث الرابع: المُستثنَيات في باب الهبة والعطية.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: استثناء غير المكيل والموزون من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر القبض في لزوم الهبة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء غير المكيل والموزون.

المطلب الثاني: استثناء العُمْرَى والرُّقْبَى من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تعليق الهبة بالشرط والوقت.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء العُمْرَى والرُّقْبَى.

المطلب الثالث: استثناء تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمعنًى يقتضيه- من عدم جواز التخصيص.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تخصيص بعض الولد بالهبة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنًى يقتضيه.

المطلب الرابع: استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رجوع الواهب في هبته.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأب.

المطلب الخامس: استثناء ما تَعَذَّرَ علمه من عدم صحة هبة المجهول.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم هبة المجهول.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما تَعَذَّرَ علمه.

المبحث الخامس: المُستثنَيات في باب الوصايا.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصِي وقبل قَبوله أو رَدِّه، والوصية لغير مُعَيَّن- من افتقار الوصية إلى قَبول المُوصَى له.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اعتبار قَبول المُوصَى له في الوصية.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصِي وقبل قَبوله أو رَدِّه، والوصية لغير مُعَيَّن.

المطلب الثاني: استثناء الحربي والمرتد من صحة الوصية لمن يصح تمليكه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الوصية لمن يصح تمليكه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الحربي والمرتد.

المطلب الثالث: استثناء المُوصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له- من عدم صحة بيع العين المُوصَى بنفعها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع العين المُوصَى بنفعها.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المُوصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له.

المطلب الرابع: استثناء حالة موت المُوصِي من جواز عزل الوصي نَفْسَه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم عزل الوصي نَفْسَه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حالة موت المُوصِي.

الفصل الثالث: المُستثنَيات الفقهية المتعلقة بالدُّيون.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المُستثنَيات في باب الرهن.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد- من عدم صحة رهن المشاع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رهن المشاع.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد.

المطلب الثاني: استثناء ما كان على ثمن المبيع من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما كان على ثمن المبيع.

المطلب الثالث: استثناء تَغَيُّر حال العدل من عدم جواز نقل الرهن عن يده.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم نقل الرهن عن يد العدل.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تغير حال العدل.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في باب الضمان.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء حال تَعَذُّر مطالبة المضمون عنه- من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مطالبة صاحب الحق للضامن.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تَعَذُّر مطالبة المضمون عنه.

المطلب الثاني: استثناء الميت المُعْسِر من صحة ضمان دَيْن الميت.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان دَيْن الميت.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الميت المُعْسِر.

المطلب الثالث: استثناء ما أَتْلَفَتِ البهيمة إذا كانت في يد إنسان- من عدم الضمان فيما أتلفته.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان فيما أَتْلَفَتِ البهيمة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما أَتْلَفَتِ البهيمة إذا كانت في يد إنسان.

المطلب الرابع: استثناء آنية الخمر المُنتفَع بها في غيره- من عدم ضمان آنية الخمر إذا كُسِرَتْ.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان كسر آنية الخمر.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء آنية الخمر المُنتفَع بها في غيره.

المطلب الخامس: استثناء ما إذا وَثَّق المَدين دَيْنه بِرَهْن أو كفيل يمكن استيفاء الدَّيْن منهما- من جواز منع الغريم المَدينَ من السفر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم منع الغريم المَدينَ من السفر.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا وَثَّق المَدين دَيْنه بِرَهْن أو كفيل يمكن استيفاء الدين منهما.

المطلب السادس: استثناء حال التعدي أو التفريط- من عدم الضمان في الأمانات.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان الأمانات.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط.

المطلب السابع: استثناء مَن عليه حد أو قِصاص من صحة الكفالة بالبدن.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الكفالة بالبدن.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن عليه حد أو قِصاص.

المبحث الثالث- المُستثنَيات في باب الحَوَالة.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء ما إذا كان المُحَال عدوًّا للمُحَال عليه- من عدم اشتراط رضا المُحَال عليه في الحَوَالة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم اشتراط رضا المُحَال عليه في الحَوَالة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان المُحَال عدوًّا للمُحَال عليه.

الباب الثاني: المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية المشروعة.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: المُستثنَيات في باب الحَجْر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبي والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه، ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شراء ولي الصبي والمجنون من مالهما شيئًا لنفسه، أو بيعهما شيئًا من نفسه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأب.

المطلب الثاني: استثناء حال المصلحة من عدم جواز بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبل الولي.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبل الولي.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال المصلحة.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في باب الوِكالة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الصبي المُميِّز المأذون له بالتصرف- من عدم جواز التوكيل للصبي المُميِّز.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم التوكيل للصبي المُميِّز.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الصبيّ المُميِّز المأذون له بالتصرف.

المطلب الثاني: استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء- من جواز البيع للوكيل المُطْلَق في البيع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم البيع للوكيل المُطْلَق في البيع.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء.

المطلب الثالث: استثناء المعاصي والأيمان مما يصح التوكيل فيه من الحقوق.

وفيه فرع واحد، وهو: التحقيق في استثناء المعاصي والأيمان.

المبحث الثالث: المُستثنَيات في باب إحياء الموات.

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء الأرض المملوكة لمُعَيَّن، وما تتعلق به مصالح القرية- من جواز التملك بالإحياء.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مشروعية تَمَلُّك الأرض بالإحياء.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمُعَيَّن، وما تتعلق به مصالح القرية.

المبحث الرابع: المُستثنَيات في باب اللُّقطة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء العُرُوض ولُقْطة الحَرَم، وما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوَال- من جواز تَمَلُّك اللُّقطة عند تمام التعريف بها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تَمَلُّك اللُّقطة عند تمام التعريف بها.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء العُرُوض ولُقطة الحَرَم، وما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوَال.

المطلب الثاني: استثناء ما كان بعد مُضِي الحَوْل- من عدم الضمان في حال تلف اللُّقْطة في يد مُلتقِطها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان إذا تَلِفت اللُّقطة في يد ملتقطها.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما كان بعد مُضِي الحَوْل.

الفصل الثاني: المستثنيات الفقهية في التصرفات المالية غير المشروعة.

وفيه مبحث واحد، وهو: المُستثنَيات في باب الغصب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا- من وجوب رد عينه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رد المغصوب.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا.

المطلب الثاني: استثناء مَن غَصَب خيطًا وخاط به جُرْحَ حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب، ووجوب الرد حينئذٍ، ولزوم ذبح الحيوان- من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه مِن خَلْعه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مَن غَصَب خيطًا وخاط به جُرْح حيوان، وخِيف عليه مِن خَلْعه.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان الحيوان مأكولًا للغاصب.

الخاتمة: تَحْوِي أهم نتائج البحث وتَوصيَاته.

فهرس الموضوعات:

الفصل التمهيدي

تعريف الاستثناء
وأركانه وشروطه وأدواته، وأقسامه، وأسبابه

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاستثناء، وأركانه، وشروطه، وأدواته.

المبحث الثاني: أقسام الاستثناء.

المبحث الثالث: أسباب الاستثناء.

المبحث الأول

تعريف الاستثناء، وأركانه وشروطه، وأدواته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الاستثناء لغةً واصطلاحًا

أولًا: تعريف الاستثناء لغة:

قال ابن فارس: (الثاء والنون والياء أصل واحد، وهو تكرير الشيء مرتين، أو جَعْله شيئين متواليين أو متباينين)[(١)].

والألف والسين والتاء في غالب إطلاقاتها في اللغة تكون للطلب[(٢)].

ومادة (ثَنَيَ) في اللغة لها معانٍ عِدّة، منها:

١- **تكرير الشيء:** ومنه سُمِّيَتِ الفاتحة بـ(السَّبْع المثاني) لأنها تُثَنَّى في الصلاة، فتُقْرَأ في كل ركعة[(٣)].

ومنه قول النبي ﷺ: «لا ثِنَاء في الصدقة»[(٤)] ....

---

(١) «مقاييس اللغة» لابن فارس (١/ ٣٩١) مادة (ثَنَيَ).

(٢) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص٩١).

(٣) المرجع السابق، وانظر: «تفسير ابن كثير» (١/ ١٠٢).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» كتاب الزكاة، باب مَن قال: لا تؤخذ الصدقة في السَّنة إلا مَرَّة واحدة (٢/ ٤٣١) برقم (١٠٧٣٤). =

أي: لا تؤخذ في السَّنة مرتين [(١)].

ومنه قول الشاعر:

أَفِـي جَنْـبِ بَكْـرٍ قَطَّعَتْنِـي مَلَامَـةً   لَعَمْرِي لَقَدْ كَانَـتْ مَلَامَتُهَا ثِنَى [(٢)]

ومعنى البيت: أن امرأته لامته في بَكْر - وهو الفَتِيّ من الإبل -نَحره، فرَدَّ عليها بأنه ليس بأول لومها، فقد فَعَلَتْه قبل هذا، وهذا ثِنًى بعده [(٣)].

٢- **العطف:** ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّهُمْ يَثْنُونَ صُدُورَهُمْ لِيَسْتَخْفُواْ مِنْهُۚ أَلَا حِينَ يَسْتَغْشُونَ ثِيَابَهُمْ يَعْلَمُ مَا يُسِرُّونَ وَمَا يُعْلِنُونَۚ إِنَّهُۥ عَلِيمُۢ بِذَاتِ ٱلصُّدُورِ﴾ [(٤)] أي: يَعطفون صدورهم على ما فيها من الكفر والإعراض عن الحق [(٥)].

٣- **الصَّرْف:** ومنه قول أعرابي لراعي الإبل: (ألا وَاثْنِ وجوهها عن الماء) أي: اصرف وجوهها عن الماء؛ كي لا تزدحم على الحوض فتهدمه [(٦)].

٤- **الكف:** يقال: ثِنْي الثوب، لِما كُفّ من أطرافه [(٧)].

٥- **المحاشاة:** يقال: استثنيتُ الشيء من الشيء، إذا حاشيتَه [(٨)] **وهو المراد هنا.**

= وأورد الزيلعيّ أثرًا عن عمر يؤيده، وذَكَر أن عليه عمل أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم. «نَصْب الراية» (٣/ ٤٤٤).

(١) «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (١/ ٢٤٤).

(٢) وهو بَيْت لكعب بن زُهَيْر بن أبي سُلْمَى. انظر: «ديوانه» (١/ ١٨).

(٣) «لسان العرب» لابن منظور (١٤/ ١٢١) مادة (ثني).

(٤) سورة هود: الآية (٥).

(٥) «فَتْح القدير» للشوكاني (٢/ ٥٤٦).

(٦) «لسان العرب» لابن منظور (١٤/ ١١٦) مادة (ثني).

(٧) «تهذيب اللغة» للأزهري (١٥/ ١٠٣) مادة (ثني).

(٨) «لسان العرب» لابن منظور (١٤/ ١١٦) مادة (ثني).

ثانيًا: تعريف الاستثناء اصطلاحًا:

اختَلفتْ عبارات علماء الأصول في تعريف الاستثناء؛ بحثًا منهم عن تعريف جامع مانع له، وعَرْضُها كلها تطويل لا يتسع المجال له؛ فلذلك سأَذكر أبرزها وهي أربعة، مع الاعتراضات الواردة عليها، ثم أُردف ذلك بالتعريف المختار.

التعريف الأول: (الاستثناء أي: ما تفيده إلا وأخواتها المعروفة إخراج بها)(١).

اعتُرِض عليه: بأنه غير مانع لدخول غير الاستثناء فيه؛ لأن (إلا) تفيد الاستثناء وغيره، ومن ذلك أنها قد تأتي للصفة كما في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾(٢) أي: غيرُ الله، فـ(إلا) في هذه الآية ليست استثناء، مع أن التعريف يَصدق عليها (٣).

التعريف الثاني: أن الاستثناء هو (إخراج بعض الجملة، أو ما يَعرض لها من الأحوال، والأزمنة، والبقاع، والمَحَالِّ، والأسباب- بلفظ لا يستقل بنفسه مع لفظ المُخْرَج) (٤).

اعتُرِض عليه: بأن التعبير بـ(إخراج بعض الجملة) غير دقيق؛ لأن الـمُخرَج هو بعض مدلول الجملة، وليس بعض الجملة (٥).

التعريف الثالث: (أنه قول ذو صِيَغ مخصوصة محصورة، دالّ على أن المذكور فيه لم يُرَدْ بالقول الأول) (٦).

---

(١) «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٨٩).

(٢) سورة الأنبياء: الآية (٢٢).

(٣) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين البخاري (٢/ ١٩١).

(٤) وهذا تعريف القرافي في «الاستغناء» (ص٩٨).

(٥) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٨٧).

(٦) «المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٧).

اعتُرض عليه باعتراضين، هما:

١- **أنه غير جامع**؛ فهو يَنتقض بآحاد الاستثناءات، كقولنا: (جاء القوم إلا زيدًا) فإنه استثناءٌ حقيقةً، وليس بذي صِيَغ، بل صيغة واحدة، وهي (إلا زيدًا).

٢- **أنه غير مانع**؛ لأنه يبَطل بالأقوال المُوجِبة لتخصيص العموم الخارجة عن الاستثناء، فإنها صِيَغ مخصوصة وهي محصورة؛ لاستحالة القول بعدم النهاية في الألفاظ الدالة، وهي دالة على أن المذكور بها لم يُرَدْ بالقول الأول، وليست من الاستثناء في شيء.

وذلك كما لو قال القائل: (رأيتُ أهل البلد، ولم أَرَ زيدًا)، و(اقتلوا المشركين، ولا تقتلوا أهل الذمة)، و(مَن دَخَل داري فأَكْرِمْه، والفاسق منهم أَهِنْه)، وأهل البلد كلهم علماء، وزيد جاهل... إلى غير ذلك [(١)].

التعريف الرابع: (هو إخراج بعض الجملة بـ (إلا) أو ما قام مقامها) [(٢)].

واعتُرِض عليه باعتراضين، هما:

١- **التعبير بـ (إخراج بعض الجملة)** وهو كما سبق بيانه في الاعتراض على التعريف الثاني.

٢- **أنه غير مانع**؛ لدخول بعض الألفاظ التي تقوم مقام (إلا) ويَخرج بواسطتها بعض الأفراد، ولا تُسَمَّى استثناء.

كقولهم: (رأيتُ القوم ولم أرَ زيدًا) فهذا يقوم مقام قول: (إلا زيدًا) في إخراج بعض الجملة من الجملة، وليس استثناء.

---

(١) انظر: «الإحكام» للآمِدي (٢/ ٢٨٦).

(٢) «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٨١).

وأما التعريف المختار فإني أرى التعريف الثاني والرابع أجودها، إلا أن التعريف الثاني يعتريه عيب الطول، وهو مأخذ في التعريفات؛ لأن القصد من التعريف بيان ماهية الشيء دون الخوض في التفاصيل والأمثلة.

كما أن التفصيلات المذكورة في التعريف الثاني هي من العوارض التي لا ينفك عنها الكلام، ويدل عليها الكلام بالدلالة الالتزامية؛ لأن كل حَدَث من الأحداث لا بد أن يقع في زمن ومكان وفي حالة من الأحوال، فإذا لم يُقيَّد بحالة معينة فإنه يعم جميع الأحوال بما فيها حالة الاستثناء، فهي من متعلقات الكلام اللازمة، وداخلة فيه، وإن لم يُنطَق بها.

فلذلك يترجح لديَّ التعريف الرابع، وأما ذُكِر عليه من اعتراضات فإنه يمكن الرد عليها بما يأتي:

أولًا: أن التعبير بـ(الإخراج) المراد به: إخراج بعض مدلول الجملة عن كله؛ لأن الغرض من الألفاظ معانيها ومدلولاتها. كما أن التعبير بـ(الإخراج) قال به متقدمو أهل اللغة، وحينئذٍ يجب المصير إلى ما قالوه [1].

ثانيًا: أن قولهم في المثال: (رأيتُ القوم ولم أَرَ زيدًا) يقوم مقام قول: (إلا زيدًا) في إخراج بعض الجملة من الجملة وليس استثناء.

يجاب عنه بأن المراد بما يقوم مقام (إلا) هو أخواتها المعروفة لدى أهل اللغة.

وأما (ولم أَرَ زيدًا) في المثال المذكور، فليس من تلك الصِّيَغ المعروفة في الاستثناء عند أهل اللغة، حتى يقال: إنه يَرِد على مانِعيَّة التعريف؛ لأنه خروج عن العُرْف اللغوي [2].

---

(١) «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٨١).

(٢) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٧).

شرح التعريف المختار:

(إخراج بعض الجملة) سبق الكلام في معناه في الرد على الاعتراض على التعريف.

(بـ (إلا) أو ما قام مقامها) وهي: (إلا، حاشا، غَيْر، سوى، بَيْد، ليس، لا يكون، ما عدا، ما خلا، لا سيّما).

وهذا قَيْد احترازي لمنع دخول أمرين:

١- المُخصِّصات الأخرى المتصلة؛ إذ إن لكل مُخَصِّص صِيَغًا وأدوات تختلف عن صِيَغ وأدوات الاستثناء.

٢- الصِّيَغ التي تتضمن الإخراج، لكنها ليست باستثناء في عُرْف اللغة. كقولهم: (أَكْرِمِ القوم دون زيد) فإن هذا ليس باستثناء لغة.

أما الاستثناء عند الفقهاء، فهو غير ما تقرر عند الأصوليين، فالفقهاء يُطْلِقون الاستثناء في المسائل الفقهية، ويريدون به المعنى الأعم من الحد الأصولي والنَّحْوي من جهة أدواته.

فهو يشمل كل ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلامٍ مُتقدِّم، كالاستثناء بواسطة النص أو القياس أو الاجتهاد... وغيرها من الأسباب -كما سيأتي-.

ومما يؤيد ذلك: إطلاقهم الاستثناء على من يقول لامرأته: (أنتِ طالق إن شاء الله) وهو في التحقيق تعليق [1].

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٢٧)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٧٠)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٨)، و«المُغْنِي» لابن قُدَامة (٤/ ١٨٩).

قال ابن حزم:

(**الاستثناء**: هو تخصيص بعض الشيء من جملته. أو: إخراج شيء ما مما أُدخِل فيه شيء آخَر.

إلا أن النَّحْويين اعتادوا أن يُسَمُّوا بالاستثناء ما كان من ذلك بلفظ (حاشا) و(خلا) و(إلا) وما (لم يكن) وما (عدا) وما (سوى). وأن يَجعلوا ما كان خبرًا من خبر، كقولك: (اقتل القوم ودَعْ زيدًا) مسمى باسم التخصيص لا استثناء، وهما في الحقيقة سواء)[(١)].

وقال الجُويني:

(ولو قال مستحق الدم: (عفوتُ إن شاء الله)، فالذي جاء به ليس بعفو، وهذا سَمَّاه العلماء (الاستثناء)، وهو في التحقيق تعليق.

وسبيل تسمية قول القائل: (أنتِ طالق إن شاء الله تعالى) استثناء، كسبيل تسمية قول القائل: (أنتِ طالق إن دخلتِ الدار) استثناء.

وليس يَبعد عن اللغة تسمية جميع ذلك استثناء؛ فإنَّ مَنْ أَطْلَق قوله: (أنتِ طالق) كان يقتضي لفظُه وقوعَ الطلاق على الاسترسال من غير تقيد بحال. فإذا عَقَّب اللفظ بالاستثناء، فكأنه ثَنَاه عن مقتضى إطلاقه، ثَنْي الحَبْل عن امتداده.

وإنما سُمِّي قول القائل: (أنتِ طالق ثلاثًا إلا اثنتين) استثناء؛ لأن الاستثناء يَثْنِي موجب اللفظ عن الوقوع)[(٢)].

---

(١) «الإحكام» لابن حزم (٤/ ١٠).

(٢) «نهاية المطلب» للجُويني (١٤/ ٢١١). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» للنووي (٨/ ٩٢).

وكذلك قال آل تيمية بعد أن ساقوا تعريف الاستثناء عند النَّحْويين، ومِن ذلك حَصْر صيغه وحروفه:

(فقول القائل: (رأيتُ المؤمنين، وما رأيتُ زيدًا، ولم أرَ عَمْرًا أو خالدًا) ليس استثناء عند النَّحْويين؛ لأن الواو ليست من حروف الاستثناء).

ثم قال:

(وأما الاستثناء في عُرْف الفقهاء فهذا منها؛ ولهذا لو قال: (له هذه الدار، ولي منها هذا البيت) كان هذا استثناء عندهم.

فالاستثناء قد يكون بمفرد، وهو الاستثناء الخاص. وقد يكون بما هو أعم من ذلك كالجملة، وهو العامّ. كما أن الاشتراط بالمشيئة هو استثناء في كلام النبي ﷺ والصحابة والفقهاء، وليس استثناء في العُرْف النَّحْوي)[1].

---

(١) «المُسَوَّدَة» لآل تيمية (ص ١٥٤).

المطلب الثاني

أركان الاستثناء وشروطه

أولًا: أركان الاستثناء:

للاستثناء ثلاثة أركان:

الركن الأول: المُستثنَى منه: وهو الـمُخْرَج منه، مذكورًا كان، نحو: (قام القوم إلا زيدًا)، أو متروكًا، نحو: (ما قام إلا زيد).

وله شروط سَنَذكرها في شروط الاستثناء [(١)].

الركن الثاني: أداة الاستثناء: وهي (إلا) أو إحدى أخواتها. وسيأتي تفصيل الكلام فيها في المطلب الثالث.

الركن الثالث: المُستثنَى: وهو الـمُخْرَج، وهو ما خالف حُكْمُه حُكْمَ المُستثنَى منه، وهو الواقع بعد (إلا) أو إحدى أخواتها [(٢)].

ثانيًا: شروط الاستثناء:

للاستثناء ثلاثة شروط:

الشرط الأول: الاتصال:

وذلك بأن يكون الكلام واحدًا غير منقطع، فيَكون اتصال المُستثنَى بالمُستثنَى منه حقيقة، كقولك: (نَجَح الطلاب إلا زيدًا) دون انقطاع. أو حُكْمًا بأن يكون انفصاله

(١) انظر: «الجَنَى الداني في حروف المعاني» للمُرادي (ص ٥١١).

(٢) المرجع السابق (ص ٥١٢).

وتَأَخُّره على وجه لا يدل على أن المتكلم قد استوفى غرضه من الكلام، كالسكوت لانقطاع نَفَس، أو بَلْع ريق، أو عُطَاس، أو تثاؤب.

فإن انفصل على غير هذا الوجه لغا؛ لأن الاستثناء غير مستقل بنفسه، فهو جزء من الكلام أُتِيَ به لإتمامه وإفادته؛ لذلك لا يفيد شيئًا إلا إذا اتصل به مباشرة، كالمبتدأ والخبر(١).

وهذا الشرط ليس متفقًا عليه بين الأصوليين، بل وقع الخلاف فيه على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء إلى اشتراط الاتصال لصحة الاستثناء(٢).

القول الثاني: ذهب بعض العلماء إلى أن الاتصال ليس شرطًا لصحة الاستثناء، فهو جائز ولو مع الانفصال.

ولهذا القول خمسة اتجاهات:

الاتجاه الأول: رُوِيَ عن ابن عباس أنه يصح الاستثناء وإن طال الزمن.

ثم اختُلِف عنه: **فقيل**: إلى شهر. **وقيل**: إلى سَنة. **وقيل**: أبدًا، وهذا الذي يقتضيه كلام الأكثرين في النقل عنه(٣).

الاتجاه الثاني: ذهب الإمام أحمد في رواية عنه، والحسن البصري، وعطاء- إلى أنه لا يُشترَط الاتصال ما دام في المجلس(٤).

---

(١) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ١١٧)، و«التبصرة» للشيرازي (ص١٦٢)، و«البرهان» للجُويني (١/ ١٣٧)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٨)، و«العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦٠)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٦٤).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٩٧)، و«الاستغناء» للقرافي (ص٥٢٨)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٨)، و«العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦١).

(٤) ويُرْوَى عن الإمام أحمد أيضًا أنه قَيَّد ذلك في اليمين فقط. =

الاتجاه الثالث: ذهب بعض المالكية، ونَسَبه بعضهم إلى الإمام أحمد إلى جواز تأخير الاستثناء لفظًا مع إضمار الاستثناء متصلًا بالمُستثنَى منه، ويكون المتكلم به مَدينًا بينه وبين الله ﷻ [(١)].

الاتجاه الرابع: ذهب بعض الفقهاء إلى جواز الفصل في كلام الله دون غيره [(٢)].

الاتجاه الخامس: ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تأخيره إذا كان في الكلام قرينة على إرادة الاستثناء، كأن يقول: (جاءني الناس)، ثم يقول بعد زمان: (إلا زيدًا، وهو استثناء مما كنتُ قلتُ) [(٣)].

أدلة القول الأول:

١ - **قوله تعالى لأيوب** عليه السلام: ﴿وَمَا كُنتَ بِجَانِبِ ٱلْغَرْبِيِّ إِذْ قَضَيْنَآ إِلَىٰ مُوسَى﴾ [(٤)].

وَجْه الاستدلال: أن الله أَرْشَد نبيّه للمَخْرَج من هذه اليمين بأن يَضرب امرأته بضِغْث [(٥)] فيه مِئة شِمْرَاخ [(٦)] ضربة واحدة، فيَبَرّ في يمينه. ولو كان الاستثناء المتراخي

= انظر: «المُسَوَّدة» لآل تيمية (ص١٥٢)، و«شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٣/ ٣٠٠).

(١) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص ٥٢٨).

ونَسَبه أمير بادشاه الحنفي للإمام أحمد في «تيسير التحرير» (١/ ٢٩٨).

ولم أجد هذا القول له، والمشهور عنه ما ذَكَرْتُه في الاتجاه الثاني.

(٢) انظر: «البرهان» للجُويني (١/ ١٤٠).

(٣) هذا القول أورده الشيرازي في «اللُّمَع» ولم ينسبه لأحد (١/ ٣٩).

(٤) سورة ص: الآية (٤٤).

(٥) **الضِّغْث**: هو مِلء اليد من الحشيش المختلط. **وقيل**: الحزمة منه ومما أشبهه. «النهاية» لابن الأثير (٣/ ٩٠) مادة (ضغث).

(٦) **الشِّمْرَاخ**: هو كل غصن من أغصان العِثْكال- العِذْق-. «النهاية» لابن الأثير (٢/ ٥٠٠) مادة (شمرخ).

جائزًا لأرشده الله تعالى إليه؛ إذ هو بكل حال أخف من الضرب [(١)].

٢- **ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال:** «إذا حلفتَ على يمين، فرأيتَ غيرها خيرًا منها، فكَفِّر عن يمينك وَأْتِ الذي هو خير» [(٢)].

وَجْه الاستدلال: أنه لو كان الاستثناء يَرفع اليمين بعد مدة، لَمَا أَرْشَد النبيُّ ﷺ إلى الحِنث والكفارة [(٣)].

٣- **أن أهل اللغة متفقون على اشتراط الاتصال في الاستثناء،** ومَن خالف ذلك فهو مُخالِف للإجماع [(٤)] ولهذا فإنه لو قال: (لفلان عَلَيَّ عَشَرة دراهم) ثم قال بعد شهر أو سَنة: (إلا درهمًا) فإنه لا يُعَدّ استثناءً ولا كلامًا صحيحًا [(٥)].

٤- أن الاستثناء من التوابع، أي: من الكلام الذي لا يستقل بنفسه، فلا يفيد إلا بانضمامه إلى غيره، كحال جواب الشرط والخبر [(٦)].

---

(١) انظر: «تفسير القرطبي» (١٥/ ٢١٤)، و«تفسير السعدي» (ص٧١٤).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، (٨/ ١٢٧) برقم (٦٦٢٢).

وأخرجه مسلم، كتاب الأيمان، باب نَدْب مَن حَلَف يمينًا، فرأى خيرًا منها- أن يأتي الذي هو خير، ويُكَفِّر عن يمينه (٣/ ١٢٧٣) برقم (١٦٥٢).

(٣) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٩٨)، و«العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦١- ٦٦٢).

(٤) ونَقَل اتفاقهم على ذلك الغزالي في «المُستصفَى» (١/ ٢٥٨).

(٥) «الإحكام» للآمِدي (٢/ ٢٨٩).

(٦) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٨).

أدلة القول الثاني:

دليل الاتجاه الأول: أنه جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا حَلَف الرجل على يمين، فله أن يَستثني ولو إلى سَنة، وإنما نزلت هذه الآية في هذا ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾[١] أي: إذا ذَكَر استَثْنَى[٢].

---

(١) سورة الكهف: الآية (٢٤).

(٢) أخرجه الحاكم في «المُستدرَك»، كتاب الأيمان والنذور (٤/ ٣٣٦) برقم (٧٨٣٣) وقال: (حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه).

وهذا الأثر يرويه الأعمش عن مجاهد عن ابن عباس. وقد قيل للأعمش: سَمِعتَه من مجاهد؟ فقال: حدثني به ليث بن أبي سُلَيْم عن مجاهد. «تفسير ابن جرير» (١٧/ ٦٤٥).

و(ليث) هذا ضَعَّفه أحمد ويحيى والنَّسائي. «ميزان الاعتدال» للذهبي (٣/ ٤٢٠).

وقال عنه ابن حِبان: (اختَلَط في آخر عمره، حتى كان لا يَدري ما يُحَدِّث به، فكان يَقلب الأسانيد، ويَرفع المراسيل، ويأتي عن الثقات بما ليس من أحاديثهم، كل ذلك كان منه في اختلاطه. تَرَكه يحيى القطان، وابن مهدي، وأحمد بن حنبل، ويحيى بن مَعين) «المجروحين» (٢/ ٢٣١).

وضَعَّفه ابن القطان وقال: (رَدَّ من أجله أحاديث). «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ١١).

وقال النوويّ: (اتفق العلماء على ضعفه، واضطراب حديثه، واختلال ضبطه) «تهذيب الأسماء» (٢/ ٧٥).

وقال فيه الحافظ ابن حجر: (صدوق، اختَلط جدًّا، ولم يتميز حديثه فتُرِك) «تقريب التهذيب» (١/ ٤٦٤) وضَعَّفه في «المطالب العالية» (٧/ ٢٩٣)، (٨/ ٣٣١) وفي «التلخيص» (١/ ٦٣).

وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بهذا الأثر؛ ولهذا قال الجُويني:

(والغامض في هذه المسألة أن ابن عباس وهو حبر هذه الأمة ومرجعها في مشكلات القرآن- كيف يستجيز انتحال مثل هذا المذهب على ظهور بطلانه؟! والوجه اتهام الناقل وحَمْل النقل على أنه خطأ، أو مُختلَق مخترع، والكذب أكثر ما يُسْمَع) «البرهان» (١/ ١٤٠).

وابن عباس من فصحاء العرب، وعالمٌ بحر، فهو حُجة هنا.

نوقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه أثر ضعيف لا يُحتجّ به كما تَبَيَّن في تخريجه.

الوجه الثاني: التأويل، وفيه تأويلان:

أ) أن قول ابن عباس محمول على ما إذا كان المتكلم نوى الاستثناء ولكنه نسيه، فإن له أن يَذكره ولو بعد تلك المُدَد، فيُقْبَل منه ظاهرًا، ويكون باطنًا مَدينًا بينه وبين الله[(١)].

ب) أن مراد ابن عباس إنما هو في التعليق على مشيئة الله تعالى خاصة، كمَن حلف وقال: (إن شاء الله)، فإذا نَسِي أن يقولها، فلا بأس أن يقولها متى ذَكَرها[(٢)].

الوجه الثالث: سَلَّمْنا أن لا تأويل هنا، فحاصل الأمر أن النقل عن ابن عباس مُعارَض بإجماع أهل اللغة على اشتراط الاتصال، فيُقَدَّم الإجماع[(٣)].

دليل الاتجاه الثاني: ما رُوِيَ أن رسول الله ﷺ قال: «**والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا**»، ثم قال: «**إن شاء الله**»[(٤)].

---

(١) انظر: «البرهان» للجُويني (١/ ١٤٠).

(٢) انظر: «شرح تنقيح الفصول» للقرافي (ص٢٤٣).

وهذا التأويل نَصَره ابن القيم في «مدارج السالكين» (٢/ ٤٠٣).

(٣) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩١).

(٤) **أخرجه أبو داود**، كتاب الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت (٣/ ٢٣١) برقم (٣٢٨٥) من طريق شَريك عن سِمَاك عن عكرمة، مرسلًا، وقال: (وقد أَسْنَد هذا الحديث غير واحد). =

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ فَصَل في الاستثناء في مجلس واحد، فيبقى ما عداه على الأصل، وهو اشتراط الاتصال.

نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الحديث مُرْسَل، والمُرْسَل لا تقوم به حُجة؛ لأنه مِن قَبيل الضعيف [١].

الوجه الثاني: أن السكوت في الحديث يحتمل أنه من السكوت الذي لا يُخِلّ بالاتصال الحُكْميّ، ويجب حَمْل الحديث على ذلك - لو سَلْمَنا وصله- جمعًا بين الأدلة [٢].

الوجه الثالث: أن قوله ﷺ: «إن شاء الله» لم يكن على وجه الاستثناء، وإنما كان على معنى أن الأفعال المستقبلة تقع بمشيئة الله تعالى [٣] ولهذا قال تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ ۚ وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ وَقُلْ عَسَىٰٓ أَن

= **ورواه ابن حِبان في «صحيحه»**، كتاب الأيمان، باب ذِكر نفي الحِنْث عمن استثنى في يمينه بعد سكتة يسيرة (١٠/ ١٨٥) برقم (٤٣٤٣) من حديث مِسْعَر عن سِمَاك عن عكرمة عن ابن عباس، مثله، إلا أنه قال في آخره: ثم سكت فقال: «إن شاء الله».

ورواه البيهقي في «الكبرى» موصولًا ومرسلًا، كتاب الأيمان، باب الحالف يَسكت بين يمينه واستثنائه سكتة يسيرة؛ لانقطاع صوت أو أَخْذ نَفَس (١٠/ ٨٢) برقم (١٩٩٢٧) و(١٩٩٢٨).

قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٤/ ١٤٦): (الأشبه إرساله).

وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٣): (رَجَّح الأئمة إرساله).

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/ ٥٧).

(٢) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٩٩)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩١).

(٣) «العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦٤).

يَهۡدِيَنِ رَبِّي لِأَقۡرَبَ مِنۡ هَٰذَا رَشَدٗا ﴿٢٤﴾ ﴾ (١).

دليل الاتجاه الثالث: أن الاعتبار بنِيَّة المتكلم، فإذا كان ناويًا الاستثناء حال التكلم يُعتبَر متصلًا، ولا يضره التأخير (٢).

نوقش: بأن الأدلة الواردة في منع استثناء المنفصل لم تُفرِّق بين مَنْوي وغير مَنْوي، وهذه مسألة لُغَوية، وقد مر قريبًا إجماع أهل اللغة على عدم جواز الانفصال في الاستثناء، دون التطرق للنية (٣).

دليل الاتجاه الرابع: أنه لما نَزَل قوله تعالى: ﴿لَّا يَسۡتَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ وَٱلۡمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ...﴾ (٤) جاء ابن أُم مكتوم (٥) فقال: يا رسول الله، لو أستطيع الجهاد لجاهدتُ - وكان رجلًا أعمى-!! فأَنْزَل الله تبارك وتعالى على رسوله ﷺ: ﴿غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ (٦).

---

(١) سورة الكهف: الآية (٢٣).

(٢) «مباحث التخصيص» لعمر عبد العزيز (ص١٨٠).

(٣) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٩٨).

(٤) سورة النساء: الآية (٩٥).

(٥) هو عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم، صحابي، شجاع، كان ضرير البصر، أَسْلَم بمكة، وهاجر إلى المدينة بعد وقعة بدر، وكان يُؤَذِّن لرسول الله ﷺ في المدينة، مع بلال.
وكان النبي يستخلفه على المدينة، يصلي بالناس، في غزواته عامة، وحَضَر حرب القادسية ومعه راية سوداء وعليه درع سابغة، فقَاتَل - وهو أعمى- ورجع بعدها إلى المدينة، فتُوفي فيها سنة (٢٣هـ).
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٣/ ١١٩٩)، و«الإصابة» لابن حجر (٤/ ٤٩٥).

(٦) سورة النساء: الآية (٩٥).
والحديث أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسِّيَر، باب قول الله تعالى: ﴿لَّا يَسۡتَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ وَٱلۡمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡۚ فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلۡمُجَٰهِدِينَ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ عَلَى ٱلۡقَٰعِدِينَ دَرَجَةٗۚ وَكُلّٗا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلۡحُسۡنَىٰۚ وَفَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلۡمُجَٰهِدِينَ عَلَى ٱلۡقَٰعِدِينَ﴾ [النساء: ٩٥]، =

وَجْه الاستدلال: أن الاستثناء جاز مع الفصل في القرآن لهذه الواقعة، فلا نتعداها إلى غيرها.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن المراد بالقاعِدِين من المؤمنين: القاعدون ممن وجب عليهم الجهاد؛ لأن المراد من القعود هو: القعود عن أداء الواجب، فيكون قوله تعالى: ﴿غَيْرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ ليس مُخصَّصًا ولا مُستثنًى، بل هو تقرير. ويجوز التأخير في بيان التقرير بالاتفاق (١).

الوجه الثاني: يحتمل أن قوله تعالى: ﴿لَّا يَسۡتَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ وَٱلۡمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ...﴾ نَزَل مرة أخرى مكان العبارة الأولى لهذه الآية الخالية من قيد ﴿غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ وبناء عليه يكون نَسْخًا، والنَّسْخ واجب تأخيره عن المنسوخ (٢).

فعلى كلا التقديرين لا دليل على جواز فصل الاستثناء في هذه الآية.

دليل الاتجاه الخامس: أن القرينة المذكورة مع الاستثناء تَرفع الإشكال في رجوع الاستثناء إلى الكلام السابق الذِّكْر (٣).

نوقش: بأن الاستثناء غير متصل بنفسه، وهذا يعني ذكره مع صدر الكلام الاستثنائي، ثم إنه مُخالِف لاستعمال اللغة وإجماع أهلها.

= إلى قوله: ﴿غَفُورٗا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٩٦]، (٤/ ٢٥) برقم (٢٨٣٢).

(١) انظر: «الاستثناء عند الأصوليين» لأكرم أوزيقان (ص٧٠).

(٢) انظر: «أسباب النزول» للواحدي (ص١٧٧).

(٣) انظر: «اللُّمَع» للشيرازي (١/ ٣٩).

الراجح:

يترجح - والله أعلم- قول الجمهور القائلين بوجوب الاتصال مطلقًا؛ لقوة أدلته ومناقشة أدلة المُخالِفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

ولأن القول بصحة انفصال الاستثناء عن المُستثنَى يؤدي إلى أمور باطلة تُنافِي مقاصد الشرع؛ لأنه يتعذر ثبوت الأحكام الفقهية من بيع ونكاح وطلاق وعتاق.

ولأنه يَجوز- على هذا المذهب- أنِ يُقِر الرجل اليوم بشيء، ثم يَستثني في زمن لاحق!! وهذا يؤدي إلى اضطراب حياة الناس، وهذا يتنافى مع مقاصد الشرع!![1].

الشرط الثاني من شروط الاستثناء عدم الاستغراق:

اتفق العلماء- في الجملة- على أنه لا يَجوز أن يكون الاستثناء مُستغرِقًا للمُستثنَى منه، نحو: (له عليَّ عَشَرة إلا عَشَرة)، فإن الاستثناء باطل وتلزمه عَشَرة.

كما اتفقوا على صحة استثناء ما دون النصف[2] كقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾[3].

ودليلهم على ذلك: أنه إقرارٌ منطوق به، والمنطوق به لا يُرْفَع كليًّا؛ وإلا فيَكون كلامًا هَدَرًا وباطلًا من القول؛ لأن الكلام نَقَض آخره أوله نقضًا كليًّا بحيث لم يَبْقَ للكلام أثر أو معنى أو قيمة! ولأن الاستثناء إخراج، والإخراج يَتطلب نزع شيء من

---

(١) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٩٨)، و«العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦٣).

(٢) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٣٠٠)، و«المحصول» للرازي (٣/ ٣٧)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٧)، و(نهاية السُّول» للإسنوي (١/ ٢٠٢)، و«الاستغناء» للقرافي (ص٥٣٦)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٩٧)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٦٧).

وقد نَقَل القرافي قولًا مُسْنَدًا لابن طلحة من المالكية، يرى صحة الاستثناء المُستغرِق. وهذا القول مسبوق بالإجماع، فهو باطل.

(٣) سورة العنكبوت: الآية (١٤).

شيء آخَر، فلا بد أن يكون هناك شيء يَخرج، وشيء يَبْقَى بعد النطق بالاستثناء[١].

ويَحْسُن بنا الإشارة إلى استثناء الأكثر والمساوي من غير استطراد.

فأما الأكثر كقولك: (له عندي عشرة دراهم إلا تسعة) ففيه قولان:

القول الأول: ذهب الحنابلة في المشهور عنهم إلى عدم صحة استثناء الأكثر. وأكثر أهل اللغة على ذلك[٢].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء إلى صحة استثناء الأكثر[٣].

أدلة القول الأول:

١- أن أهل اللغة قد مَنَعوا ذلك، وأنكروه ونَفَوْه في لغة العرب[٤].

٢- ولأن الاستثناء قد جرى في كلام العرب على خلاف الأصل، والأصل استمرار الكلام دون استثناء؛ لأنه إنكار بعد إقرار، والأصل عدم الإنكار، لكن لما كان الإنسان قد يَغفل عن بعض ما أَقَر به، أجيز استثناء القليل لدفع الضرر، أما الكثير فلا يُعْقَل أن يَغفل عنه الإنسان، فلم يَجز الاستثناء جريًا على الأصل[٥].

---

(١) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٣٠٠)، و«المحصول» للرازي (٣/ ٣٧)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٧)، و«نهاية السُول» للإسنوي (١/ ٢٠٢)، و«الاستغناء» للقرافي «ص٥٣٦»، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٩٧)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٦٧).

(٢) انظر: «العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦٧).

(٣) انظر: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٣٠٠)، و«الاستغناء» للقرافي (ص٥٣٧)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٥٩).

(٤) انظر: «العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٦٧).

(٥) انظر: «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٦٠١).

دليل القول الثاني [١]: مجموع الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: ﴿ قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٨٢﴾ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ ﴾ [٢] وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ ﴿٤٢﴾ ﴾ [٣].

وَجْه الاستدلال: أنه في الآية الأولى استَثنى العِباد المُخلَصين من بني آدم. وفي الآية الثانية استَثنى الغاوين من العباد. وأيهما كان الأكثر حصل المقصود [٤].

نوقش استدلالهم من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الآيتين ليس فيهما دلالة على استثناء الأكثر، فهما استثنتا الأقل في الموضعين:

ففي الآية الأولى استثناء للمُخلَصين من بني آدم، وهو الأقل، بدليل قوله تعالى: ﴿وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ ﴿١٣﴾﴾ [٥].

وأما الآية الثانية، فإن الله استَثنى الغاوين من مجموع العباد، وفيهم الملائكة والجن والإنس. والغاوون من جميع العباد هم الأقل؛ لأن الملائكة كلهم غير غاوين كما قال تعالى: ﴿بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ [٦] وهم أكثر الخَلْق. ويضاف إليهم مَن آمَن من الجن والإنس فيكونون أكثر من الغاوين [٧].

---

(١) في المسألة كلام كثير؛ ولذلك سأكتفي بأقوى دليل لديهم، وأجيب عنه؛ منعًا للتطويل والاستطراد.

(٢) سورة ص: الآيتان (٨٢ و٨٣). (٣) سورة الحِجْر: الآية (٤٢).

(٤) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص٥٣٨)، و«المحصول» للرازي (٣/ ٣٧)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٧).

(٥) سورة سبأ: الآية (١٣).

(٦) سورة الأنبياء: الآية (٢٦).

(٧) انظر: «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٦٠٠).

الوجه الثاني: لا نُسَلِّم أن (إلا) في الآيتين للاستثناء، بل هي بمعنى (لكن).

والتقدير في الآية الأولى: لكن عبادك المُخلَصين لا أستطيع غوايتهم.

وفي الثانية: ولكن مَن اتبعك من الغاوين فإن جهنم موعدهم أجمعين.

بدليل أنه في الآية الثانية لو كانت (إلا) للاستثناء، لكان المعنى: فإن لك عليهم سلطان. وهذا غير ممكن، بدليل قول إبليس: ﴿وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُم مِّن سُلْطَانٍ إِلَّآ أَن دَعَوْتُكُمْ فَٱسْتَجَبْتُمْ لِى﴾[(١)] وذلك في الآخرة[(٢)].

الوجه الثالث: أننا عندما منعنا صحة استثناء الأكثر إنها أردنا ما إذا كانت الكثرة مستفادة من اللفظ ذاته. أما إذا كانت قد استفيدت من غيره من خارج، فلا نَمنع ذلك، بل حصل الاتفاق على صحته.

فإذا قلت لشخص: (ما في هذا الكيس من الدراهم إلا الزيوف)، وكانت أكثر -أي: الزيوف- فإن الاستثناء يصح، ولو كان استثناءً للكل؛ لأن التحديد هنا بالقلة والكثرة لا نعرفه من اللفظ، بل نعرفه بدليل خارجي.

ويدل على ذلك قوله تعالى في الحديث القدسي: «كلكم جائع إلا مَن أطعمتُه»[(٣)] ولا شك في أن الـمُطعَم هم الأكثر، ولكن الكثرة لم تُستفَد من اللفظ، بل من دليل خارجي، أي: من الواقع[(٤)].

---

(١) سورة إبراهيم: الآية (٢٢).

(٢) انظر: «العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٠)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٦٠١).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب البِر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم (٤/ ١٩٩٤) برقم (٢٥٧٧).

(٤) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص٥٣٩)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٦٠٢).

الراجح:

يترجح - والله أعلم- القول الأول؛ لقوة دليلهم، ولأن الاستثناء من مباحث اللغة، والعرب لم تَستعمل استثناء الأكثر.

وأما استثناء المساوي، كقولك: (له عندي مئة درهم إلا خمسين) فهنا استَثنى ما يساوي المتبقي، فاستَثنى خمسين وأبقى أخرى.

ومَن قال بجواز استثناء الأكثر، قال بجواز استثناء المساوي من باب أَوْلى.

أما المانعون منه، فقد اختلفوا في المساوي على قولين:

القول الأول: ذهب الحنابلة في وجه عندهم إلى عدم صحة استثناء النصف[(١)].

وأدلتهم هي نفس أدلة القائلين بمنع استثناء الأكثر التي سبق ذكرها.

القول الثاني: ذهب بعض الحنابلة وبعض النَّحْويين إلى صحة استثناء النصف دون الأكثر[(٢)].

ودليلهم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمُزَّمِّلُ ۝١ قُمِ ٱلَّيۡلَ إِلَّا قَلِيلٗا ۝٢ نِّصۡفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصۡ مِنۡهُ قَلِيلًا﴾[(٣)].

وَجْه الاستدلال: أن قوله: (نِصْفَهُ) بدل من: (قَلِيلًا) والتقدير: قم الليل إلا نصفه[(٤)].

---

(١) انظر: «شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٣/ ٣٠٧،٣٠٦).

(٢) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٧)، و«العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٠)، و«شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٣/ ٣٠٦-٣٠٧)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٦٨).

(٣) سورة المزمل: الآيات (١-٣).

(٤) انظر: «العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٠).

نوقش استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول: أن قوله: ﴿نِّصۡفَهُۥٓ﴾ كلام مبتدأ ليس استثناء، وإنما الاستثناء في قوله: ﴿إِلَّا قَلِيلًا﴾ (١).

الوجه الثاني: أن قوله: ﴿نِّصۡفَهُۥٓ﴾ ظَرْف للقيام فيه، ويكون بدلًا من (الليل)، والتقدير: قم الليل نصفه إلا قليلًا. أو: قم نصف الليل إلا قليلًا.

فالآية لا تَصلح للاستدلال بها على جواز استثناء النصف.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، كما سبق في مسألة استثناء الأكثر؛ لأن الاستثناء على خلاف الأصل، وجاز في القليل الذي ربما يَغفل عنه الإنسان فقط. أما المساوي والكثير فلا يُعْقَل أن يَغفل عنه.

الشرط الثالث: أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه:

المراد بالجنس هنا: غير المُشارِك في الدخول تحت المحكوم عليه، كقولك: (رأيتُ الناس إلا حمارًا) (٢) فالحمار لا يَدخل في عموم الناس.

وقد اختَلف العلماء في اشتراط أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه- على قولين:

القول الأول: ذهب بعض الشافعية- وهو الصحيح من مذهب الحنابلة- إلى اشتراط أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه (٣).

---

(١) انظر: «العُدة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٠).

(٢) انظر: «البحر المحيط» للزركشي (٤/ ٣٧٩).

(٣) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٢)، و«العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٣).

القول الثاني: ذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية- إلى أنه لا يُشترَط أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه [١].

أدلة القول الأول:

١- **أن الاستثناء هو استفعال**، مأخوذ من الثَّني، ومنه تقول: (ثَنَيْتُ الشيءَ): إذا عَطَفْتَ بعضه على بعض، وتقول: (ثَنَيْتُ زيدًا عن رأيه): إذا رَدَدْتَه عنه.

وحقيقة الاستثناء- بالمفهوم العام- هو: إخراج بعض ما تناوله اللفظ المُستثنَى منه، أي: بعد أن كان اللفظ متناولًا لجميع الأفراد، ثَنَاه الاستثناء عن البعض.

وهذا غير متحقق في قول القائل: (رأيتُ الناس إلا حمارًا) لأن الحمار- وهو المُستثنَى- غير داخل في مدلول الناس- وهو المُستثنَى منه- لكي يقال بإخراجه وثَنْيه عنه، بل الجملة الأولى باقية بحالها لم تتغير، ولا تَعَلُّق للثاني بالأول أصلًا، وإلا لصح استثناء كل شيء من كل شيء لاشتراكهما في معنى عام!! [٢].

٢- أن الاستثناء من غير الجنس مُستهجَن في اللغة، وما هذا شأنه فلا يكون وضعه مضافًا إلى أهل اللغة [٣].

أدلة القول الثاني:

١- أن الاستثناء من غير الجنس قد وقع استعماله في القرآن ولغة العرب، والوقوع دليل الجواز.

---

(١) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين البخاري (٣/ ١٣٢)، و«تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (١/ ٢٨٧).

(٢) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٢)، و«شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٣/ ٢٨٨).

(٣) انظر: «التبصرة» للشيرازي (ص١٦٦)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٢).

ومن ذلك:

أ) قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُواْ لِءَادَمَ فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَٱسْتَكْبَرَ﴾[1] وقوله: ﴿فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ لَمْ يَكُن مِّنَ ٱلسَّٰجِدِينَ﴾[2] وإبليس لم يكن من جنس الملائكة، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّآ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ ٱلْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِۦٓ﴾[3] والجن ليسوا من جنس الملائكة؛ لأنه كان مخلوقًا من نار، كما في قوله تعالى: ﴿خَلَقْتَنِى مِن نَّارٍ﴾[4] والملائكة من نور، والنور غير النار، فلا يكون من جنسهم، وهو مُستثنًى منهم[5].

ب) قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾[6] فقد استثنى السلام من اللغو، وليس من جنسه[7].

ج) قول الشاعر:

وبلدةٍ ليس بها أَنيسُ إلا اليَعافيرُ وإلا العِيُس[8]

إذ استثنى اليَعافير والعِيس من الأنيس، وليستا من جنسه؛ لأن (اليَعافير) جمع

---

(١) سورة البقرة: الآية (٣٤).

(٢) سورة الأعراف: الآية (١١).

(٣) سورة الكهف: الآية (٥٠).

(٤) سورة الأعراف: الآية (١٢).

(٥) انظر: «الاستغناء» للقرافي «ص٥١٢»، و«المحصول» للرازي (٣/ ٣٤)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٣).

(٦) سورة مريم: الآية (٦٢).

(٧) (الإحكام) للآمدي (٢/ ٢٩٣).

(٨) هذا البيت من أرجوزة لعامر بن الحارث، المعروف بـ(جِرَان العَوْد).

انظر: «ديوانه» (ص ٥٣).

يَعْفُور، وهو ولد الظبية [١]، و(العِيس) هي: الإبل البِيض مع شُقْرة يسيرة [٢] لأن الأنيس هو مَن يُؤانِس، والأُنس إنما يَحصل بذوي العقول [٣].

والجواب عن أدلتهم من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأنها استثناء من غير الجنس.

الوجه الثاني: التسليم بأن ما ذكرتم من الاستثناء من غير الجنس، غير أن (إلا) ليست للاستثناء، وإنما للاستدراك بمعنى (لَكِنْ) [٤].

ففي الآية الأولى: إبليس كان من الملائكة. وهو قول ابن عباس وأكثر المفسرين [٥] وكان مِن قَبيل يقال لهم: الجن؛ لأنهم كانوا خُزَّان الجنان.

أما تسميته (جنيًّا) فنِسبة إلى الجِنة كما يقال: (مكيّ) و(بغداديّ)، ويُحتمل أنه سُمِّي بذلك لاجتنانه واختفائه.

ويدل على كونه من الملائكة أمران:

الأول: أن الله تعالى قد استثناه من الملائكة، والأصل أن يكون من جنسهم؛ للاتفاق على صحة الاستثناء من الجنس، والاختلاف في غيره.

الثاني: أنه لو لم يكن إبليس من الملائكة، لَمَا كان عاصيًا للأمر المُتوجِّه إلى الملائكة؛ لكونه ليس منهم [٦]، ودَلل على عصيانه بقوله: ﴿إِلَّآ إِبۡلِيسَ أَبَىٰ وَٱسۡتَكۡبَرَ

---

(١) «لسان العرب» لابن منظور (٤/ ٥٩٠) مادة (عفر).

(٢) المرجع السابق (٦/ ١٥٢) مادة (عيس).

(٣) انظر: «المحصول» للرازي (٣/ ٣٦)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٤).

(٤) وبهذين الوجهين تُناقَش جميع أدلة القول الثاني؛ ولذلك لم أذكرها جميعًا.

(٥) انظر: «تفسير الطبري» (١/ ٥٠٣)، و«تفسير البغوي» (١/ ١٠٤)، و«تفسير القرطبي» (١/ ٢٩٤).

(٦) انظر: «التبصرة» للشيرازي (ص١٦٧)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٥)، و«العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٦).

وَكَانَ مِنَ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴿٣٤﴾ [(١)].

أما الآية الثانية: فإن اللغو والسلام يجمعهما جنس الكلام، فكان الاستثناء فيها من الجنس بهذا الاعتبار [(٢)].

أو تكون (إلا) للاستدراك بمعنى (لَكِنْ) ويكون المعنى: لا يَسمعون فيها لغوًا لكنْ يَسمعون كلامًا وسلامًا [(٣)].

وأما استدلالهم ببيت الشِّعر، فهو استثناء من الجنس؛ لأن الظباء والإبل مما يؤنس بها؛ لأن وجودها يدل على أن المنطقة ليست بعيدة عن المياه أو المساكن الإنسية[(٤)].

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول، وهو اشتراط أن يكون المُستثنَى من جنس المستثنى منه لصحة الاستثناء؛ وذلك لقوة دليلهم، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين. ولأنه أقرب لحقيقة الاستثناء وهو الإخراج، فلا يُتصوَّر الإخراج من غير الجنس؛ لأنه لم يَدخل في المستثنى منه ابتداءً.

وقد زاد الحنابلة شرطين لصحة الاستثناء، هما (النية، والنطق) ووافقهم الشافعية في الأخير، وهذان الشرطان يمكن إرجاعهما إلى شرط الاتصال، فالذي لم يقل بهما اعتبرهما داخلَين في الاتصال. ومَن ذَكَرهما فإنه قد زاد لشرط الاتصال بيانًا.

---

(١) سورة البقرة: الآية (٣٤).

(٢) «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٩٥).

(٣) انظر: «العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٦٧٦).

(٤) انظر: «الإحكام» للآمدي (٢/ ٢٩٦)، و«العُدَّة» لأبي يعلى (٢/ ٢٧٧)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٥٩٦).

المطلب الثالث

أدوات الاستثناء

الاستثناء في الاصطلاح لا بد أن يكون بأدوات خاصة معلومة، وإن كان من الممكن الاستثناء بقول القائل: (أَستثني كذا) غير أن هذا الأسلوب ليس مرادًا للعلماء، بل المراد الاستثناء بأدوات خاصة.

وهذا الأدوات تنقسم إلى ستة أقسام:

القسم الأول: الحروف: فمنها ما هو متفق على حرفيته، وهو (إلا) وهي أصل أدوات الباب، وهي (أُم الباب) كما نَص على ذلك جَمْع من العلماء، وما عداها محمول عليها.

ومنها ما هو مختلف في حرفيته، وهو (حاشا) فذهب إلى حرفيتها أكثر البصريين، وهو الصحيح. خلافًا للكوفيين الذين قالوا: إنها فِعل أبدًا. ويقال فيها (حاشى) و(حَشَا).

القسم الثاني: الأسماء، وهي: (غير، وسوى، وبَيْد):

أما (سوى) فهي تساوي (غَيْر) وفيها أربع لغات:

أ) كسر السين مع المد (سِوَاء).

ب) كسر السين مع القَصْر (سِوَى)

ج) ضم السين مع القَصْر (سُوَى)

د) فتح السين مع المد (سَوَاء).

أما (بَيْد) ويُقال: (مَيْد) بإبدال بائها ميمًا.

القسم الثالث: الأفعال، وهي: (ليس، لا يَكون، ما عدا، ما خلا) كما تَدخل (حاشا) باعتبار قول الكوفيين.

القسم الرابع: الأدوات المترددة بين الأفعال والحروف: وهما (عدا، وخلا) غير المقرونتين بـ(ما).

ولأجل هذا التردد، جاز فيما بعدهما النصب على أنه مفعول به لهما، وأنهما فعلان متعديان ناصبان. وجاز الجر، فيكونان حرفين من حروف الجر.

القسم الخامس: ما اتفقوا على حرفيته، واختلفوا في فعليته، وهو: (حاشا).

القسم السادس: ما كان مُركَّبًا من الاسم والحرف، وهو: (لا سِيَّما) إذ هي مركبة من (سيّ) بمعنى مِثل، ومِن (لا) النافية للجنس.

وقد عدها الكوفيون وجماعة من البصريين وغيرهم من أدوات الاستثناء، ووَجْه ذلك: أنك إذا قلت: (قام القوم ولا سيّما زيد)، فقد خالفهم زيد في أنه أَوْلَى بالقيام منهم، فهو مُخالِفهم في الحُكْم الذي ثَبَت لهم بطريق الأولوية.

ويجب فيها تشديد الياء وسَبْقها بالواو، وقد تُخفَّف الياء أو تُحْذَف الواو قبلها نادرًا، وقد تُحذف (ما) منها، فيقال: (لا سيّ).

وقد أضاف البغداديون والكوفيون: (بَلْهَ) بمعنى (لا سِيَّما)، نحو: (أَكرمتُ الطلاب بَلْهَ المجتهدين) على معنى أن إكرام المجتهدين يَزيد على إكرامِ مَطْلَق الطلاب.

وأَنْكَر ذلك البصريون؛ لأن (إلا) لا تقع مكانها، ولأن حروف العطف يَجوز دخولها عليها [(١)].

---

(١) **انظر الكلام عن هذه الأدوات في:** «الاستغناء» للقرافي «ص ١٠٣»، و«شرح مختصر الروضة» =

فنَخْلُص إلى أن أدوات الاستثناء عَشْر، وهي: (إلا، حاشا، غَيْر، سوى، بَيْد، ليس، لا يكون، ما عدا، ما خلا، لا سِيَّما).

= للطُّوفي (٢/ ٥٨٠»، و«أوضح المسالك» لابن هشام (٢/ ٢٤٧)، و«مغني اللبيب» لابن هشام أيضًا (١/ ٩٨)، و«هَمْع الهوامع» للسيوطي (٢/ ٢٧٣-٢٨٩).

المبحث الثاني

أقسام الاستثناء

ينقسم الاستثناء باعتبار الاتصال وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: الاستثناء المتصل: وهو أن تَحكم على جنسٍ ما حَكَمْتَ عليه أولًا بنقيض ما حَكَمْتَ به أولًا [(١)].

فهو مُقَيَّد بقيدين:

القيد الأول: أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه.

القيد الثاني: الحُكْم على المُستثنَى بنقيض ما حُكِم به على المُستثنَى منه.

كقولك: (جاء القوم إلا زيدًا) فإن (زيدًا) من جنس (القوم)، وقد حَكَمْتَ عليه بعدم المجيء، وهو نقيض المجيء الذي حُكِم به على القوم المُستثنَى منهم.

وهذا متفق عليه بين جميع العلماء [(٢)].

القسم الثاني: الاستثناء المنقطع: وهو أن تَحكم على غير جنسٍ ما حَكَمْتَ عليه أولًا، أو بغير نقيض ما حَكَمْتَ به أولًا [(٣)].

وعلى هذا التعريف قد يكون الاستثناء المنقطع من جنس المُستثنَى منه، وقد لا يكون من جنسه.

---

(١) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص٣٨٢).

(٢) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٥٩).

(٣) انظر: «الاستغناء» للقرافي (ص٣٨٣)، و«شرح تنقيح الفصول» للقرافي (١/ ٢٣٩)، و«التمهيد» للإسنوي (١/ ٣٩٢).

وعلى هذا ينقسم الاستثناء المنقطع إلى قسمين:

الأول: ما لا يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه، وقد حُكِم عليه بنقيض حكم المُستثنَى منه.

كقولك: (رأيت إخوتك إلا ثوبًا) فالمُستثنَى غير جنس المُستثنَى منه، وحُكِم عليه بالنقيض، وهو عدم الرؤية.

الثاني: ما يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه، ولم يُحْكَم عليه بنقيض حكم المُستثنَى منه.

كما إذا قلت: (رأيت إخوتك إلا زيدًا لم يسافر) فإن (زيدًا) من جنس المُستثنَى منه، ولكن لم يُحْكَم عليه بنقيض الحُكْم المذكور، بل حُكِم عليه بعدم السفر.

وقد اختُلِف في الاستثناء المنقطع، أَوَقَع في اللغة أم لا، والخلاف في ذلك كالخلاف في مسألة اشتراط أن يكون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه، وقد سبق أن رَجَّحْتُ اشتراط ذلك.

واختلفوا أيضًا: هل هو حقيقة أم مجاز؟ والخلاف في ذلك يرجع أيضًا إلى مسألة اشتراط كون المُستثنَى من جنس المُستثنَى منه: فالذي يَشترط ذلك يَحمل الاستثناء من غير الجنس على المجاز. والذي لا يشترطه يَحمله على الحقيقة.

واختلفوا في حده، ولا يتعلق بذلك كبير فائدة؛ لعدم عَدِّه من المُخصِّصات[1]، فقد سبق التقرير أن مِن شرط المُستثنَى أن يكون من جنس المُستثنَى منه.

---

(١) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٣٦١).

المبحث الثالث

أسباب الاستثناء

وفيه سبعة مطالب [1]:

المطلب الأول: الاستثناء بسبب النص.

المطلب الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع.

المطلب الثالث: الاستثناء بسبب القياس.

المطلب الرابع: الاستثناء بسبب الاستحسان.

المطلب الخامس: الاستثناء بسبب الاستصحاب.

المطلب السادس: الاستثناء بسبب الاستصلاح

المطلب السابع: الاستثناء بسبب العُرْف.

---

(١) نشير إلى أن كل مطلب من مطالب هذا المبحث قد تُكِلِّمَ عنه بمجموعة من الرسائل العلمية.

والحديث عن كل جزئية منها بالتفصيل يُخْرِج البحث عن مضمونه؛ فلذلك سأكتفي بذكر ما لا بد منه لفَهْم موضوع المُستثنَيات.

المطلب الأول

الاستثناء بسبب النص

النص في اللغة: رَفْع الشيء، يقال: (نَصَّ الحديثَ إلى فلان) أي: رَفَعه. ويأتي أيضًا بمعنى السَّيْر الشديد[(١)].

وفي الاصطلاح يختلف مدلول النص باختلاف أهل الفن:

فمعناه عند الفقهاء يختلف عن معناه عند الأصوليين.

فالأصوليون يَعنون به: ما أفاد بنفسه من غير احتمال، كقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[(٢)] فإنه نَصٌّ في بيان العدد الحلال من النساء[(٣)].

أما الفقهاء، فيُطْلِقون النص ويريدون به الكتاب والسُّنة. وهذا المعنى العامّ هو الذي يَعنينا هنا، ولا علاقة لنا بمفهوم النص الذي يَذكره الأصوليون في مباحث الألفاظ.

ويدل على ذلك ما جاء في كتاب «الإحكام»:

(الأصول التي لا يُعْرَف شيء من الشرائع إلا منها، وأنها أربعة، وهي نص القرآن، ونص كلام رسول الله ﷺ الذي إنما هو عن الله تعالى مما صح عنه ﷺ نَقْل الثقات، أو التواتر، وإجماع جميع علماء الأمة، أو دليل منها لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا)[(٤)].

---

(١) انظر: «لسان العرب» لابن منظور (٧/ ٩٧) مادة (نصص).

(٢) سورة النساء: الآية (٣).

(٣) «المُستصفَى» للغزاليّ (١/ ١٩٦)، وذَكَر أنه أشهرها.

(٤) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم (١/ ٧١).

ولذلك سأُفرد الكلام عن كل واحد منهما:

أولًا: الكتاب:

الكتاب لغةً: كَتَبَه كَتْبًا وكِتابًا: خَطَّه. والكِتاب: ما يُكتَب فيه. والكِتْبَة: اكتتابك كتابًا تنسخه. ومنه الكَتيبة: الجماعة. وقد سُمِّي الكتاب كتابًا لِما كُتِبَ فيه؛ ولأنه صُحُف قد جُمِعَتْ (١).

وفي الاصطلاح: هو اللفظ المُعْجِز، المُوحَى به إلى محمد ﷺ، المُتعبَّد بتلاوته، المنقول إلينا بالتواتر (٢).

حُجية الكتاب:

إن أصل الشرع كله هو الكتاب المُنَزَّل، وإليه تَعود المصادر الأخرى، ولا يَجوز لأحد أن يتجاوزه ويتعدى حدوده، بل يجب المحافظة عليه تعلمًا وتعليمًا وعملًا، بحيث تُعْقَل معانيه ومراميه، فهو الحاوي لكليات الشريعة ومقاصدها وأحكامها المُتعبَّد بها (٣).

وقوع الاستثناء بالكتاب:

معلوم أن القرآن نَزَل بلغة العرب، وقد تحداهم سبحانه بأن يأتوا بآية من مثله، لكنهم عَجَزوا عن ذلك!

---

(١) انظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس (٥/ ١٥٩) مادة (كَتَبَ)، و«القاموس المحيط» للفيروزآبادي (١/ ١٢٨) مادة (كتب).

(٢) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (١/ ٢١)، و«شرح مختصر ابن الحاجب» لأبي القاسم الأصفهاني (١/ ٤٥٤-٤٥٧)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٨١)، و«الإحكام» للآمدي (١/ ١٥٩)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٩).

(٣) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٤/ ١٨٢).

ومعلوم أن لغة العرب من أوسع اللغات في باب البيان، ومِن ذلك الاستثناء، فإن القرآن قد حوى استثناءً كما حوته لغة العرب، فيَرِد فيه حُكْمٌ عامّ ثم يَستثني سبحانه لمصلحة عباده ما يُخصِّص الحُكْم العامّ.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[١].

وَجْه الاستدلال: أن الله ﷻ ذَكَر هذه الآية بعد آية الدَّيْن التي ذَكَر فيها مشروعية الكتابة والإشهاد لحِفْظ الأموال ودَفْع الرَّيْب، ثم عَقَّبَ ذلك بذِكر حالة العُذر عن وجود الكاتب، ونَصَّ على حالة السفر، فإنها من جملة أحوال العُذر، ويَلحق بذلك كل عذر يقوم مقام السفر، وجَعَل الرِّهَان المقبوضة قائمة مقام الكتابة[٢].

وقوله تعالى: ﴿لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَن تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾[٣].

وَجْه الاستدلال: أن الله حَرَّم موالاة الكفار في أول الآية، ثم استَثنى حالة واحدة وهي حالة الخوف منهم، فتَجوز موالاتهم حينئذٍ، ولكنها تكون ظاهرًا لا باطنًا[٤].

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٥].

وَجْه الاستدلال: أن الله حَرَّم في أول الآية أَخْذ مال الغير والتعدي عليه، إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ، والتجارة هي البيع والشراء. وهذا استثناء منقطع عند مَن يَقول به[٦].

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٣).

(٢) «فَتْح القدير» للشوكاني (١/ ٣٤٨).

(٣) سورة آل عمران: الآية (٢٨).

(٤) «فتح القدير» للشوكاني (١/ ٣٨١).

(٥) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٦) انظر: «تفسير القرطبي» (٥/ ١٥١).

ثانيًا: السُّنة:

السُّنة في اللغة: الأصل فيها الطريقة والسِّيرة [١]، ومنه قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ وَإِن يَعُودُواْ فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ ٱلْأَوَّلِينَ﴾ [٢].

وأما معنى السُّنة في اصطلاح علماء الإسلام، فقد اختلفوا فيه باختلاف أغراضهم وفنونهم:

١- **فهي عند الأصوليين** عبارة عما صَدَر عن رسول الله ﷺ ما عدا القرآن الكريم، من قول أو فِعل أو تقرير.

فيَخرج من السُّنة عندهم ما صَدَر من غيره عليه الصلاة والسلام، رسولًا كان أو غير رسول. وما صَدَر عنه ﷺ قبل البعثة [٣].

وهذا المعنى هو الذي أريده في بحثي.

٢- **وأما الفقهاء فهي عندهم** عبارة عن الفعل الذي دلَّ الخطاب على طلبه من غير إيجاب. ويرادفها (المندوب) و(المُستحَب)، و(التطوع)، و(النَّفْل)، والتفرقة بين معاني هذه الألفاظ اصطلاح خاص لبعض الفقهاء.

وقد تُطْلَق السُّنة على ما يُقابِل البدعة، ومنه قولهم: (طلاق السُّنة كذا)، و(طلاق البدعة كذا)، فهم بحثوا فيما صَدَر عن رسول الله ﷺ الذي تدل أفعاله على حُكْم شرعي [٤].

---

(١) «لسان العرب» لابن منظور (١٣/ ٢٢٥) مادة (سَنَن).

(٢) سورة الأنفال: الآية (٣٨).

(٣) انظر: «شرح التلويح» للتفتازاني (٢/ ٣)، و«شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (١/ ٤٧٧)، و«نهاية السُّول» للإسنوي (١/ ٢٤٩)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٦٤)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٩٥).

(٤) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٩٥).

٣- وأما المُحَدِّثون، فإن الرأي السائد بينهم- ولا سِيَّما المتأخرين منهم- أن (الحديث) و(السُّنة) مترادفان متساويان، يوضع أحدهما مكان الآخَر، فالحديث النبوي عند الإطلاق يَنصرف إلى ما حَدَّث به رسول الله ﷺ بعد النبوة من قول أو فعل أو إقرار، فإنَّ سُنته ﷺ ثَبَتَتْ عن طريق هذه الوجوه الثلاثة. وإن كان تشريعًا إيجابًا أو تحريمًا أو إباحة، وجب اتباعه فيه ﷺ [١].

حُجية السُّنة:

اتَّفَق مَن يُعْتَدّ به من أهل العلم على أن السُّنة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام، وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام [٢].

ويدل على ذلك: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ [٣].

وقوله: ﴿وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ﴾ [٤] في مواضع كثيرة.

وتَكراره يدل على عموم الطاعة بما أتى به مما في الكتاب، ومما ليس فيه مما هو من سُنته.

وقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ﴾ [٥].

وقوله تعالى: ﴿فَلۡيَحۡذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنۡ أَمۡرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمۡ فِتۡنَةٌ أَوۡ يُصِيبَهُمۡ عَذَابٌ

---

(١) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (١٨/ ٦-١٠).

(٢) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ٩٦).

(٣) سورة النساء: الآية (٥٩).

(٤) سورة الأنفال: الآية (١)، والآية (٤٦)، وسورة المجادلة: الآية (١٣).

(٥) سورة الحشر: الآية (٧).

أَلِيمٌ ﴿٦٣﴾﴾[١] إلى ما أشبه ذلك[٢].

وهي مُفسِّرة، ومُبيِّنة لكتاب الله تعالى ومُقيِّدة لعمومه، كما قال تعالى في هذا المعنى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُعْتَدِينَ﴾[٣].

والآيات في هذا المعنى كثيرة جدًّا، وكلها نص صريح في وجوب اتباع الرسول ﷺ، واتباعه يتمثل في اتباع سُنته الصحيحة الثابتة عنه ﷺ.

وقوع الاستثناء في السُّنة:

وَرَد في السُّنة استثناءات كثيرة كما قد ورد ذلك في القرآن.

ومن ذلك: ما جاء عنه ﷺ أنه قال: «لا يَبِع الرجل على بيع أخيه، ولا يَخطُب على خِطبة أخيه، إلا أن يأذن له»[٤].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى في أول الحديث أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وأن يَخطُب الرجل على خِطبة أخيه، ثم استثنى حالة واحدة، وهي ما إذا أَذِن له مَن له الحق.

وكقول النبي ﷺ: «لا سَبْق إلا في نصل أو خُفّ أو حافر»[٥].

---

(١) سورة النور: الآية (٦٣).

(٢) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٣/ ٢٢٩).

(٣) سورة الأنعام: الآية (١١٩). وانظر: «تفسير القرطبي» (٧/ ٧٣).

(٤) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخِطبة على خِطبة أخيه حتى يأذن أو يَترك (٢/ ١٠٣٢) برقم (١٤١٢).

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق (٤/ ٢٠٥) برقم (١٧٠٠).
=

وَجْه الاستدلال: نهى النبي ﷺ في أول الحديث عن أخذ العِوَض في المسابقة، ثم استَثنى المسابقة بالسهام والإبل والخيل؛ لِما فيها من التَّقَوِّي على الجهاد (١).

وكقوله ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو عِلم يُنتفَع به، أو ولد صالح يدعو له»(٢).

وَجْه الاستدلال: أن عَمَل الميت ينقطع بموته ويَنقطع تجدد الثواب له، إلا في هذه الأشياء الثلاثة لكَوْنه كاسبها، فإن الولد من كسبه، وكذا ما يُخَلِّفه من العلم كالتصنيف والتعليم، وكذا الصدقة الجارية وهي الوقف (٣).

= وأخرجه النَّسَائي في كتاب الخيل، باب السبق (٦/ ٢٢٦) برقم (٣٥٨٥).

وصححه الألباني في تعليقه عليهما.

والمراد بـ(النصل): السهام. وبـ(الخُف): الإبل. وبـ(الحافر): الخيل.

انظر: «مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٤٩)، و«الكافي» لابن عبد البر (١/ ٤٨٩)، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٦).

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٧).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب ما يَلحق الإنسانَ من الثواب بعد وفاته (٣/ ١٢٥٥) برقم (١٦٣١).

(٣) «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٢٨).

المطلب الثاني

الاستثناء بسبب الإجماع

الإجماع لغةً: يأتي بمعنى إحكام النية والعزيمة. ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجۡمِعُوٓاْ أَمۡرَكُمۡ﴾(١). ويأتي بمعنى الاتفاق، يقال: (أَجْمَع القوم على كذا) إذا اتفقوا عليه (٢).

وفي الاصطلاح: هو اتفاق مجتهدي العصر من أمة محمد ﷺ بعد وفاته- على أي أمر كان من أمور الدين (٣).

حُجية الإجماع:

ذهب جماهير العلماء إلى أن الإجماع إذا استوفى شروطه، فإنه يكون حُجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع.

وحُجيته مُستمَدة من حُجية الكتاب والسُّنة، فقد قال تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾(٤).

وَجْه الاستدلال: أن الله ﷻ جَمَع بين مُشاقَّة الرسول واتباع غير سبيل المؤمنين في الوعيد، فلو كان اتباع غير سبيل المؤمنين مباحًا لَمَا جَمَع بينه وبين المحظور.

---

(١) سورة يونس: الآية (٧١).

(٢) انظر: «لسان العرب» لابن منظور (٨/ ٥٨) مادة (جَمَع).

(٣) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ١٩٣)، و«مذكرة الشنقيطي» (ص١٧٩).

(٤) سورة النساء: الآية (١١٥).

فثَبَت أن متابعة غير سبيل المؤمنين هي متابعة قول أو فتوى تخالف قولهم أو فتواهم. وإذا كانت تلك محظورة، وَجَب أن تكون مُتابَعة قولهم وفتواهم واجبة من دون شرط اتفاق الجميع؛ فمِن باب أَوْلى أن تكون مُتابَعة ما اتفقوا عليه واجبة.

وتُعَدّ هذه الآية أوضح الآيات وأقواها دلالة على حُجية الإجماع(١) وفي الاستدلال عليه بهذه الآية بحوث ومناقشات يَطول عرضها ومناقشتها.

والدليل من السُّنة على حُجية الإجماع: قوله ﷺ: «لا تَجتمع أمتي على ضلالة»(٢).

وكذلك جميع الأحاديث التي فيها الحض على الجماعة وعدم الشذوذ عنها.

والصحابة كانوا يَستدلون بمثل تلك الأحاديث على حُجية الإجماع من غير نكير(٣).

وذهب الإمامية(٤) **وبعض الخوارج**(٥) **إلى أن الإجماع ليس بحُجة، وإنما الحجة في مستنده.**

---

(١) انظر: «الإحكام» للآمدي (١/ ٢٠٠)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ١٩٩وما بعدها)، و«مذكرة الشنقيطي» (ص١٧٩).

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب الفِتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة (٤/ ٤٦٦) برقم (٢١٦٧).
وأخرجه ابن ماجه، كتاب الفِتن، باب السواد الأعظم (٢/ ١٣٠٣) برقم (٣٩٥٠).
وحَسَّنه الألباني بمجموع طرقه. «سلسلة الأحاديث الصحيحة» (٤/ ١٤).

(٣) انظر: «روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ٣٨٧)، و«مذكرة الشنقيطي» (ص ١٧٩).

(٤) **هي فرقة من الشيعة**، زعمت أن عليًّا هو الأحق في وراثة الخلافة دون الشيخين وعثمان رضي الله عنهم.
وقد أُطْلِقَ عليهم (الإمامية) لأنهم جَعَلوا الإمامة قضيتهم التي تشغلهم.
وسُمُّوا بـ(الإثني عَشَرية) لأنهم قالوا باثني عشر إمامًا، دخل آخِرهم السرداب بسامراء، على حد زعمهم.
انظر: «المِلَل والنِّحَل» للشهرستاني (١/ ١٦٢-١٦٥)، و«أصول مذهب الشيعة الإمامية الإثني عَشَرية» للقِفَارِيِّ (١/ ١٠١).

(٥) **يطلق لفظ الخوارج** على كل مَن خرج على الإمام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه، سواء =

وهذا مردود باتفاق الصحابة ومَن بعدهم على ذلك، إلى أن جاء المُخالِفون، ومردود بأدلة القائلين بحُجية الإجماع التي أُشير إلى بعضها [(١)].

ومما لا بد من التعريج عليه: أن الإجماع لا بد له من مُستنَد؛ لأن حق إنشاء الأحكام الشرعية لله ولرسوله، وليس لأهل الإجماع. ولأن الفتوى دون المُستنَد خطأ لكونها قولًا في الدين بغير علم، والأمة معصومة عن الخطأ.

فإذا كان اجتهاد المجتهد لا بد أن يَستند إلى دليل شرعي، فاتفاق المجتهدين جميعًا على حكم واحد في الواقعة دليل على وجود مُستنَد شرعي يدل قطعًا على هذا الحُكْم؛ لأنه لو كان ما استندوا إليه دليلًا ظنيًّا لاستحال عادةً أن يَصدر عنه اتفاق؛ لأن الظني مُحال حتمًا لاختلاف العقول [(٢)].

وقوع الاستثناء بسبب الإجماع:

وقع الاستثناء بسبب الإجماع كما قد وقع في مُستنَد الإجماع، وهما الكتاب والسُّنة.

= أكان الخروج في أيام الصحابة على الأئمة الراشدين، أم كان بعدهم على التابعين لهم بإحسان، والأئمة في كل زمان.

فيَدخل في ذلك: المرجئة والوعيدية.

والخوارج من أوائل الفِرَق التي ظهرت في تاريخ الإسلام، إلا أنها انقسمت إلى فِرَق عِدَّة تجاوزت العشرين فرقة.

انظر: «المِلَل والنِّحَل» للشهرستاني (١/ ١١٤).

(١) انظر: «الإحكام» للآمدي (١/ ٢٠٠)، و«روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ٣٧٩)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ٢٥)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (١/ ١٩٧).

(٢) انظر: «علم أصول الفقه» لعبد الوهاب خَلَّاف (ص ٤٨).

ومن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم صحة بيع المعدوم؛ لما فيه من الغَرَر المنهي عنه. وقد أَجْمَع العلماء على مشروعية السَّلَم وهو من بيع المعدوم، وقد نَقَل الإجماع على ذلك جَمْع من أهل العلم.

ومُستنَد الإجماع قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾(١) فيكون السَّلَم مُستثنًى بإجماع العلماء من عدم صحة بيع المعدوم(٢).

ومن ذلك: إجماع العلماء على جواز استئجار الظِّئْر- أي: استئجار المرأة للرضاع- وهذا يكون استثناء باعتبار قول جماهير العلماء القائلين بعدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه(٣).

ومُستنَد الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾(٤).

ومن ذلك: الإجماع على عدم جواز إعارة البُضْع، وهذا يكون استثناء من إجماعهم على مشروعية الإعارة. فهذا استثناء من إجماع بالإجماع.

ومُستنَد الإجماع في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٢) انظر: «الأُم» للشافعي (٣/ ٩٤)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٢٠٧)، و«اختلاف الأئمة العلماء» لابن هُبَيْرة (١/ ٤٠٨)، وسيأتي تفصيل هذه المسألة.

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٧٥)، و«شرح مختصر خليل» للخِرَشِيِّ (٧/ ١٣)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٤/ ١٩١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٦٧)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣٠/ ٢٤٣).

وانظر الكلام في هذه المسألة في المطلب السابع: استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة- من النهي عن بيع اللبن في الضرع.

(٤) سورة الطلاق: الآية (٦).

أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ
ٱلۡعَادُونَ ۝٧﴾[1].

(١) سورة المؤمنون: الآيات (٥-٧).

المطلب الثالث

الاستثناء بسبب القياس

القياس في اللغة: التقدير والمساواة، يقال: (قِستُ الثوب بالذراع) أي: قَدَّرْتُه به. ويقال: (قِسْتُ النعل بالنعل) أي: ساويتُ بينهما [١]. فهو مُشترَك معنوي بينهما [٢].

أما في الاصطلاح، فقد اختلَف الأصوليون في تعريفه؛ بسبب اختلافهم في مسألة (هل القياس دليل شرعي نَصَبه الشارع، أو هو عَمَل المجتهد؟).

فمَن قال: (إن القياس دليل نَصَبَه الشارع) عَبَّر عن القياس بأنه: استواء بين الفرع والأصل في العلة المُستنبَطة من حُكْم الأصل [٣].

ومنهم مَن عَبَّر بلفظ المساواة، فقال: مساواة فرع لأصل في علة حكمه [٤].

---

(١) انظر: «لسان العرب» لابن منظور (٦/ ١٨٧) مادة (قَيَس)، و«القاموس المحيط» للفيروزآبادي (١/ ٥٦٩).

(٢) **وهو رأي أكثر الأصوليين**. انظر: «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٢/ ٥٧٨)، و«الإحكام» للآمدي (٣/ ١٨٣)، و«غاية الوصول» للسُّنَيْكِيِّ (١/ ١١٥)، و«روضة الناظر» لابن قدامة (٢/ ١٤٠).

وذهب بعض العلماء إلى أن القياس في اللغة حقيقةٌ في التقدير، مجاز في المساواة. وهذا مرجوح؛ لأن المَجاز خلاف الأصل.

وذهب بعض العلماء إلى أن لفظ (القياس) مشترك لفظي بين التقدير والمساواة. وهذا أيضًا مرجوح؛ لأن الاشتراك اللفظي خلاف الأصل؛ لأن الأصل أن يكون اللفظ له معنى واحد.

(٣) «الإحكام» للآمدي (٣/ ١٩٠).

(٤) «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٥).

أما مَن قال: (إن القياس هو عَمَل المجتهد) وهذا عَمَل أكثر المحققين من الأصوليين، فقالوا: إنه حَمْل معلوم على معلوم في إثبات حُكْم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما [(١)].

واستدراكًا عليه، فالأَوْلَى أن يقال: إنه حَمْل معلوم على معلوم في إثبات حُكْم له، أو نفيه عنه، بأمر جامع بينهما. وبذلك يكون التعريف سالمًا من الاعتراض الوارد عليه؛ لأن التعبير بـ(إثبات حُكْم لهما أو نفيه عنهما) لا يصح؛ لأن القياس فرع عن ثبوت الحُكْم في الأصل، والأصل يجب أن يكون ثابتًا بالنص أو الإجماع.

وقد عَرَّفه الأصوليون بتعريفات متقاربة، ولا يخلو كل واحد منها من اعتراضات لا نريد الإطالة في ذكرها. والجامع فيها أنه لا بد في القياس من أصل وفرع وعلة وحُكْم الأصل. وهذه هي أركان القياس.

فـ(الأصل): هو المعلوم الذي ثَبَت حكمه بالشرع، وهو ما يقاس عليه ويُشَبَّه الفرع به.

و(الفرع) هنا: هو الأمر الذي لم يَرِد حكمه في الشرع ابتداء، وهو ما يُطْلَب قياسه على الأصل.

و(العلة): هي الوصف الجامع بين الأصل والفرع.

و(الحُكْم): هو ثمرة قياس الفرع على الأصل.

حُجية القياس:

مذهب جمهور علماء المسلمين أن القياس حُجة شرعية على الأحكام العملية، وأنه في المرتبة الرابعة من الحُجج الشرعية، بحيث إذا لم يوجد في الواقعة حُكْم

---

(١) انظر: «البرهان» للجُويني (٢/ ٥)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٨٠)، و«المحصول» للرازي (٥/ ٥)، و«روضة الناظر» لابن قدامة (٢/ ١٤١).

بنص أو إجماع، وثَبَت أنها تساوي واقعة نص على حكمها في علة هذا الحُكْم، فإنها تقاس بها ويُحْكَم فيها بحكمها، ويكون هذا حُكْمها شرعًا، ويَسَع المُكلَّف اتباعه والعمل به(١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَخْرَجَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ مِن دِيَـٰرِهِمْ لِأَوَّلِ ٱلْحَشْرِ ۚ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُوا۟ ۖ وَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونُهُم مِّنَ ٱللَّهِ فَأَتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا۟ ۖ وَقَذَفَ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلرُّعْبَ ۚ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ فَٱعْتَبِرُوا۟ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَـٰرِ﴾(٢).

وَجْه الاستدلال: أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النَّضِير الذين كَفَروا، وبَيَّن ما حاق بهم قال: ﴿فَٱعْتَبِرُوا۟ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَـٰرِ﴾ أي: فقيسوا أنفسكم بهم؛ لأنكم أناس مثلهم، إن فعلتم مِثل فعلهم حاق بكم مِثل ما حاق بهم.

وهذا يدل على أن سُنة الله في كونه أن نِعَمه ونِقَمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها، ومُسبَّبات لأسباب ترتبت عليها، وأنه حيث وُجِدَتِ المقدمات نتجت عنها نتائجها، وحيث وُجِدَتِ الأسباب ترتبت عليها مُسبَّباتها.

وما القياس إلا سَيْر على هذا السَّنَن الإلهي، وترتيب المُسبَّب على سببه في أي محل وُجِد فيه(٣).

كما ثَبَت في السُّنة أن رسول الله ﷺ في كثير من الوقائع التي عُرِضَتْ عليه ولم

---

(١) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٢٧٠)، و«شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٧)، و«البرهان» للجُويني (٢/ ٨)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٨٣)، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ٥)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ٢٤٢).

(٢) سورة الحشر: الآية (٢).

(٣) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ٩٥-٩٦)، و«مذكرة الشنقيطي» (ص ٤٨).

يُوحَ إليه بحكمها- استَدل على حُكْمها بطريق القياس. وفِعل الرسول ﷺ في هذا الأمر العامّ تشريع لأمته، ولم يَقُم دليل على اختصاصه ﷺ به، فالقياس فيما لا نص فيه من سُنن الرسول، وللمسلمين به أسوة.

فمن ذلك: ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ فقال: «لو كان على أُمك دَيْن، أكنتَ قاضيه عنها؟» قال: نعم. قال: «فدَيْن الله أحق أن يُقْضَى»(١).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ قاس دَيْن الله على دَيْن الخَلْق في وجوب القضاء(٢).

وهذا ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم، إذ اتفقوا على إعمال القياس فيما لا نص فيه، دون إنكار من أحد منهم، فقاسوا الخلافة على إمامة الصلاة، وبايعوا أبا بكر بها، وبيَّنوا أساس القياس بقولهم: (رضيه رسول الله لديننا، أفلا نرضاه لدنيانا؟!) (٣).

وذهب بعض المعتزلة (٤) والظاهرية وبعض فرق الشيعة- إلى أن القياس ليس حُجة شرعية على الأحكام (٥).

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت (٢/ ٨٠٤) برقم (١١٤٨).

(٢) «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ٢٥٩).

(٣) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (١/ ١٥٥)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٠٢).

(٤) هي فِرقة إسلامية نشأت في أواخر العصر الأموي، وازدهرت في العصر العباسي.
وقد اعتَمَدتْ على العقل المجرد في فَهْم العقيدة الإسلامية؛ لتأثرها ببعض الفلسفات المستوردة؛ مما أدى إلى انحرافها عن عقيدة أهل السُّنة والجماعة.
وسبب تسميتهم بـ(المعتزلة) أن واصل بن عطاء اعتزل حلقة الحسن البصري، وشَكَّل حَلْقة خاصة به؛ لقوله بالمنزلة بين المنزلتين، فقال الحسن: (اعتَزَلَنا واصل)، وقيل غير ذلك.
انظر: «الفَرْق بين الفِرَق» للبغدادي (١/ ٩٤)، و«المِلَل والنِّحَل» للشهرستاني (١/ ٤٣).

(٥) انظر: «الإحكام» لابن حزم (٧/ ٥٣).

ومِن أظهر شُبَهِهم على ذلك: قولهم: إن القياس مبني على الظن بأن علة حُكم النص هي كذا. والمبني على الظن ظني، والله سبحانه نَعَى على مَن يَتبعون الظن، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ (١) فلا يصح الحُكْم بالقياس؛ لأنه من اتباع الظن (٢).

وهذه شُبهة واهية؛ لأن المنهي عنه هو اتباع الظن في العقيدة. وأما في الأحكام العملية فأكثر أدلتها ظنية، ولو اعتُبِرَتْ هذه الشبهة لَمَا عُمِل بالنصوص الظنية الدلالة؛ لأنه اتباع للظن. وهذا باطل بالاتفاق؛ لان أكثر النصوص ظنية الدلالة (٣).

وقوع الاستثناء بالقياس:

تَقَدَّمَ معنا أن القياس يأتي في المرتبة الرابعة بين الأدلة الشرعية؛ فلذلك يَجري عليه ما يَجري عليها، وقد وقع الاستثناء بالقياس كما وقع في الأدلة السابقة.

فمِن ذلك: أن الفقهاء أجمعوا على جواز الكفالة في المال في الجملة (٤) وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ (٥).

واستَثنى الشافعية من ذلك كفالة المجهول، فلا تَجوز قياسًا على البيع، فكما لا يَجوز بيع المجهول فكذلك لا تَجوز الكفالة بالمجهول (٦).

---

(١) سورة الإسراء: الآية (٣٦).

(٢) انظر: «البرهان» للجُويني (٢/ ١١)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ٢٨٤).

(٣) «البرهان» للجُويني (٢/ ١٢)، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ١٤).

(٤) «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ٢٣٤).

(٥) سورة يوسف: الآية (٧٢).

(٦) «تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ١٩).

أما جماهير العلماء، فيرون جوازه لعموم النصوص في الكفالة [(١)].

ومن ذلك: ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من بطلان بيع الـمُكْرَه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [(٢)] فإذا فات الرضا بَطَل البيع [(٣)].

ثم استثنَوْا ما لو كان الإكراه بحِقّ من قولهم السابق، وقاسوه على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام، بجامع قول الحق في كُلٍّ [(٤)].

ومن ذلك: ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة بيع الأعمى، خلافًا للجمهور؛ لِما فيه من الغرر.

واستَثنى الشافعية ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يَتغير، فإنه يصح بيعه وشراؤه.

وسبب الاستثناء عندهم هو أنهم قاسوا ذلك على حال البصير في العلم بالمبيع [(٥)].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٤)، و«المُنتقَى» للباجي (٦/ ٨٣)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٤٠٠).

(٢) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٣) «أحكام القرآن» لابن العربي (١/ ٥٢٤).

(٤) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٧/ ٣٠٥).

وانظر بقية الكلام في المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٦٤)، و«الكافي» لابن عبد البر (٢/ ٤٣١)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٠٢)، و«المغني» لابن قدامة «٤/ ١٥٨».

وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

المطلب الرابع

الاستثناء بسبب الاستحسان

الاستحسان في اللغة: عَدُّ الشيء حَسَنًا [(١)].

أما في اصطلاح الأصوليين فقد تعددت تعريفاتهم، ولعل أَجْمَعُها ما عَرَّفه به بعض الحنفية بقوله: هو: (العدول بالمسألة عن نظائرها إلى حُكْمٍ آخَر؛ لوَجْهٍ أقوى يَقتضي هذا العدول)[(٢)].

حُجية الاستحسان:

اختَلف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان، وهذا الخلاف ليس على إطلاقه؛ لأن الاستحسان يَرِد على معانٍ، ولمعرفة المحل الذي تنازع العلماء فيه لا بد من النظر في هذه المسألة عن طريق هذه المعاني.

والمعاني التي ورد عليها الاستحسان خمسة:

الأول: إذا كان الاستحسان بمعنى العمل بالاجتهاد، وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى رأي المجتهد وتقديره. نحو تقدير متعة المطلقة في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[(٣)].

---

(١) انظر: «القاموس المحيط» (١/ ١١٨٩) مادة (حسن).

(٢) **وهذا تعريف الكَرْخيّ من الحنفية،** كما في «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي «٤/ ٣»، وقد رجحه الغزالي في «المنخول» (١/ ٤٧٧).

وقريب منه تعريف الطُّوفي في «شرح مختصر الروضة» (٣/ ١٩٧).

(٣) سورة البقرة: الآية (٢٣٦).

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء من الحنفية وغيرهم على أنه حُجة [(١)].

الثاني: إذا كان الاستحسان بمعنى فِعل الواجبات، والأَوْلى، كما في قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿١٨﴾﴾ [(٢)].

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حُجة [(٣)].

الثالث: إذا كان الاستحسان بمعنى ما يَستحسنه المجتهد بعقله، دون أن يَستند فيه إلى دليل.

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه ليس حُجة؛ لأنه اتباع للهوى [(٤)].

وخالف في ذلك بعض المالكية، لكن خلافهم غير مُعْتَدّ به؛ لحصول الإجماع قبل حدوث الخلاف.

ونَسَب بعضهم إلى أبي حنيفة وأصحابه القول به، وهو غير صحيح، بل الكل تَصَدَّى لتلك الدعوى ونفاها [(٥)].

---

(١) «أصول السرخسي» (٢/ ٢٠٠).

(٢) سورة الزمر: الآيتان (١٧، ١٨).

(٣) انظر: «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٢٨٣).

(٤) انظر: «التلخيص» للجويني (٣/ ٣١٤)، و«قواطع الأدلة» للسمعاني (٢/ ٢٧٠).

(٥) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٤/ ٢٢-٢٤)، و«التلخيص» للجُويني (٣/ ٣١٤).

الرابع: إذا كان الاستحسان بمعنى تقديم الدليل الشرعي أو العقلي على ما يراه المجتهد حَسَنًا، كالقول بحدوث العَالَم، وبعثة الرسل وإثبات صدقهم.

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حُجة؛ لأن الحَسَن ما حَسَّنه الشرع، والقُبْح ما قَبَّحه [(١)].

الخامس: إذا كان الاستحسان بمعنى القول بأقوى الدليلين، وهو قسمان:

القسم الأول: إذا كان الاستحسان بمعنى ترك القياس إلى ما هو أَوْلى منه، سواء أتُرِك القياس لكتاب، أم لسُنة، أم لإجماع، أم لأثر، أم لقياسٍ أقوى منه [(٢)].

وليس المراد بالقياس هنا المعنى الأصولي فحَسْب، بل يَدخل فيه القاعدة العامة للشريعة.

ومثال ترك القياس للكتاب: مَن نَذَر أن يتصدق بماله، فالقياس أنه يَلزمه أن يتصدق بكل ما يُطْلَق عليه مال. ولكن هذا القياس تُرِك استحسانًا لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [(٣)] والمقصود بالصدقة هنا الزكاة، فعلى هذا لا يَتصدق إلا بالمال الذي تجب فيه الزكاة

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حُجة [(٤)].

---

(١) انظر: «البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٩٩)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٨٣).

(٢) انظر: «المنخول» للغزالي (١/ ٤٧٨)، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ١٥٨)، و«نهاية السُّول» للإسنوي (١/ ٣٦٥)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٩٧).

(٣) سورة التوبة: الآية (١٠٣).

(٤) انظر: «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٢٨٤)، و«شرح المَحَليّ على جَمْع الجوامع مع حاشية العطار» (٢/ ٣٩٥)، و«روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ٤٧٣).

القسم الثاني: إذا كان الاستحسان بمعنى ترك الدليل للعُرْف أو للمصلحة... أو نحوهما [١].

مثال ذلك: رَدُّ الأيمان إلى العُرْف. كمَن حَلَف ألا يَدخل مع فلان بيتًا، فدخل مسجدًا. فالأصل أنه يَحنث؛ لأن المسجد يقال عنه: إنه بيت، قال تعالى: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْءَاصَالِ﴾ [٢] ولكن البيت في العُرْف يُطْلَق على كل ما يُسْكَن، والمسجد ليس محلًّا للسكن؛ لذلك لو دخل مسجدًا لم يَحنث استحسانًا للعُرْف [٣].

فالاستحسان بهذا المعنى عَدَّه بعض العلماء محلًّا للنزاع [٤] إذ اختَلَف العلماء في هذا الاستحسان على قولين:

القول الأول: إنه حُجة:

وهذا القول نُسِب إلى الإمام أبي حنيفة وأصحابه[٥]، كما نُسِب إلى الإمام مالك وأصحابه [٦]، ونُسِب أيضًا إلى الإمام أحمد [٧].

ويستدلون بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾، **وبقوله تعالى**: ﴿وَٱتَّبِعُوٓا۟ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾[٨].

---

(١) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٥/ ١٩٦). (٢) سورة النور: الآية (٣٦).

(٣) انظر: «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٢٨٢)، و«المُوافَقات» للشاطبي (٥/ ١٩٦،١٩٧).

(٤) «الإحكام» للآمدي (٤/ ١٥٩).

(٥) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٤/ ٢-٥).

(٦) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٥/ ١٩٣-١٩٦).

(٧) «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ١٩٧).

(٨) الآيتان في سورة الزمر (١٨)، (٥٥).

وَجْه الاستدلال: أن الآية الأولى وردت في مَعْرِض الثناء والمدح لمتبع الأحسن. وفي الآية الثانية أَمْر باتباع أحسن ما أُنْزِل. وهو معنى الاستحسان [١].

كما استدلوا بالإجماع؛ إذ إن الأُمة قد استَحسنتْ دخول الحَمَّام من غير تقدير أجرة وعِوَض عن الماء، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه [٢].

القول الثاني: إنه ليس بحُجة:

وهذا القول منسوب للإمام الشافعي. وقد بَيَّن مَن نَسَب له هذا القول أن الإمام يَقصد بنفي حُجية الاستحسان ما كان عن هَوًى وتَشَهٍّ [٣]، وهذا سَبَق أنه ليس بحُجة بالاتفاق.

والذي يَظهر لي أن الخلاف في هذه المسألة خلاف لفظي؛ فالمسألة راجعة- عند التحقيق- إلى وفاق؛ لأن كلام الفريقين لم يتوارد على محل واحد:

فالقائلون بالاستحسان في التعريف المختار[٤] لا يَقصدون أنه دليل مستقل وأَصْل من أصول الشريعة مُغايِر لسائر الأدلة، بل الاستحسان عندهم إنما هو نَظَرٌ في الأدلة وترجيح بينها، والترجيح بين الأدلة لا يُخالِف فيه أحد.

والمُخالِف إنما خالف في عَدِّه دليلًا مستقلًّا، كما أنه خالف في الاستحسان بالعقل والتشهي.

فالاستحسان عند الجميع - ما عدا الاستحسان بالعقل والتشهي- راجع إلى دليل أَوْلَى من نص، أو إجماع، أو قياس مُعارِض لدليل آخَر. ولا يُطْلَق عليه استحسان

(١) «الإحكام» للآمدي (٤/ ١٥٩).

(٢) «المُستصفَى» للغزالي «١/ ١٧٣، ١٧٢»، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ١٥٩).

(٣) انظر: «المنخول» (١/ ٤٧٦).

(٤) وهو: العدول بالمسألة عن حُكْم نظائرها إلى حُكْمٍ آخَر؛ لوَجْهٍ أقوى يَقتضي هذا العدول.

إلا عند المُقابَلة والمُعارَضة. وهو بهذا حُجة من غير تَصَوُّر خلاف [١].

ولذلك نُقِل عن الإمام الشافعي العمل بالاستحسان.

فمن ذلك: أنه استَحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهمًا.

واستَحسن ثبوت الشُّفْعة للشفيع إلى ثلاثة أيام.

واستَحسن ترك شيء للمُكاتَب من نجوم الكتابة.

وقال في السارق إذا أَخْرَج يده اليسرى بدل اليمنى فقُطِعتْ: القياس أن تُقطَع يمناه، والاستحسان أن لا تُقْطَع [٢].

وقوع الاستثناء بالاستحسان:

سَبَق أن ذَكَرْتُ في حُجية الاستحسان بعض الأمثلة للبيان، وسأذكر هنا باختصار بعض ما وقع الاستثناء فيه استحسانًا.

فمن ذلك: أن السَّلَم بيع معدوم، وهو منهي عنه للغَرَر.

وهذا مقتضى القياس، لكن عَدَلْنا عن هذا الحُكْم إلى حُكْم آخَر وهو الجواز، فتركنا القياس استحسانًا للخبر والإجماع على جواز السَّلَم [٣].

ومن ذلك: الحُكْم بطهارة الآبار والحياض بعد تَنَجُّسها. فالقياس يأبى ذلك؛

---

(١) انظر: «شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٢٨١-٢٨٤)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٨٢).

(٢) انظر: «المنخول» للغزالي (١/ ٤٧٨)، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ١٥٧)، و«بدائع الفوائد» لابن القيم (٤/ ٣٢).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٢٢٦)، و«الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٢٥، ٣٩٤)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٥-١٥٧).

وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

لأن الدلو يَنجس لملاقاة الماء فلا يَزال يعود وهو نجس، فلا يمكن الحُكْم بطهارة الماء.

إلا أن الشرع حَكَم بالطهارة الضرورية؛ لأنه لا يمكن غسل البئر ولا الحوض، وإنما غاية ما يمكن هو نزح الماء النجس وحصول الماء الطاهر فيه.

فاستحسنوا ترك العمل بالقياس لأجل الضرورة والعجز، فإن الله تعالى جَعَل العجز عذرًا في سقوط العمل بكل خطاب (١).

ومن ذلك: أن القياس يقتضي أن سُؤْر سباع الطير نجس، كسؤر سباع البهائم، بجامع تحريم الأكل فيهما.

والاستحسان يقتضي أنه طاهر فرقًا بينهما بأن سباع البهائم إنما نَجُسَ سؤرها لمجاورته رطوبة فمها ولعابها. بخلاف سباع الطير، فإنها تشرب بمنقارها، وهو عَظْم يابس طاهر خالٍ عن مجاورة نجس. وإذا كان عَظْم الميتة طاهرًا، فعَظْم الحي أَوْلَى، فهذا أثر قوي باطن، فسقط له حُكْم القياس الظاهر (٢).

---

(١) «قواطع الأدلة» للسمعاني (٢/ ٢٦٩).

(٢) انظر: «شرح مختصر الروضة» للطُّوفيّ (٣/ ٢٠٠).

المطلب الخامس

الاستثناء بسبب الاستصحاب

الاستصحاب في اللغة: هو استفعال من الصحبة، وهي المُلازَمة، وكل ما لازم شيئًا فقد استصحبه [١].

وفي الاصطلاح: (هو عبارة عن الحُكْم بثبوت أمر في الزمان الثاني، بِناء على ثبوته في الزمان الأول؛ لعدم وجود ما يَصلح للتغيير) [٢].

فالاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعًا إلى عدم العلم بالدليل، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المُغيِّر، أو مع ظن انتفاء المُغَيِّر عند بذل الجهد في الطلب [٣].

ويُسَمَّى الاستصحاب بـ(استصحاب الحال) لأن المُستدِل يَجعل الحُكْم الثابت في الماضي مُصاحِبًا للحال، أو يَجعل الحال مُصاحِبًا لذلك الحُكْم [٤].

حُجية الاستصحاب:

اختَلف العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب، وهذا الخلاف ليس على إطلاقه؛ لأن الاستصحاب أنواع، ولمعرفة المحل الذي تنازع العلماء فيه لا بد من التعريج على

---

(١) انظر: «لسان العرب» لابن منظور (١/ ٥٢٠) مادة (صحب).

(٢) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٣٧٧)، و«شرح مختصر ابن الحاجب» لشمس الدين الأصفهاني (٣/ ٢٦١)، و«نهاية السُّول» للإسنوي (١/ ٣٦١).

(٣) «المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٦٠).

(٤) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٣٧٧).

أنواعه، وحاصلها خمسة أنواع:

النوع الأول: استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته ودوامه، كالمِلك عند جريان القول المقتضي له. وشَغْل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام. ودوام الحِل في المنكوحة بعد تقرير النكاح(١).

النوع الثاني: استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية، كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغيره، كنفي صلاة سادسة(٢).

فهذان النوعان اختَلَف فيهما العلماء على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء إلى أنهما حُجة شرعية يجب العمل بهما(٣).

القول الثاني: ذهب أكثر الحنفية(٤) وبعض أصحاب الشافعي وجماعة من المتكلمين(٥) إلى أنهما ليسا بحُجة أصلًا، لا لإثبات أمر لم يكن، ولا لإبقاء ما كان على ما كان.

---

(١) انظر: «البحر المحيط» للزركشي (٨/ ١٨).

(٢) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٦٠)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (١/ ٢٥٦)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ١٨)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٧٦).

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٣٧٨).

وقال أكثر المتأخرين من الحنفية، كالقاضي الإمام أبي زيد والشيخين، وصَدْر الإسلام أبي اليسر ومتابعيهم: إنه لا يَصلح حُجة لإثبات حُكْم مبتدأ، ولا للإلزام على الخَصْم بوجه، ولكنه يَصلح لإبداء العذر وللدفع، فيجب عليه العمل به في حق نفسه، ولا يصح له الاحتجاج به على غيره.

(٥) انظر: «الإحكام» للآمدي (٤/ ١٢٧).

أدلة القول الأول:

١- **قوله ﷺ في الرجل يُخَيَّل له في الصلاة:** «لا يَنصرف حتى يَسمع صوتًا أو يجد ريحًا»(١).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ حَكَم باستصحاب حُكْم الوضوء مع الشك في وجود الناقض، حتى يدل الدليل على انتقاضه يقينًا.

٢- **أن الإجماع** منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً- لا تَجوز له الصلاة. ولو شك في بقائها جازت له الصلاة. ولو لم يكن الأصل في كل متحققًا دوامه، للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم الجواز في الصورة الثانية، وهو خلاف الإجماع.

٣- **أن العقلاء وأهل العُرْف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه، وله أحكام خاصة به؛** فإنهم يُسَوِّغون القضاء والحُكْم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم.

حتى إنهم يجيزون مراسلة مَن عَرَفوا وجوده قبل ذلك بمُدَد متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ويَشْهَدُون في الحالة الراهنة بالدَّيْن على مَن أَقَر به قبل تلك الحالة.

ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان؛ لَمَا ساغ لهم ذلك (٢).

دليل القول الثاني: أن الأحكام الشرعية من وجوب وحرمة وكراهة وغيرها-

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الوضوء، باب مَن لا يَتوضأ من الشك حتى يَستيقن (١/ ٣٩) برقم (١٣٧).

وأخرجه مسلم، كتاب الحيض، باب الدليل على أن مَن تَيَقَّنَ الطهارة، ثم شك في الحَدَث، فله أن يصلي بطهارته تلك (١/ ٢٧٦) برقم (٣٦١).

(٢) «الإحكام» للآمدي (٤/ ١٢٧)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ١٥٠).

لا تَثبت إلا بدليل شرعي، وأدلة الشرع لا تَخرج عن أربعة: كتاب أو سُنة أو إجماع أو قياس. والاستصحاب ليس واحدًا منها، فلا يكون دليلًا شرعيًّا يُحْتَجّ به (١).

الجواب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن الحُكم الثابت بالاستصحاب هو البقاء، والبقاء لا يكون حكمًا شرعيًّا؛ فلا يَحتاج إلى دليل شرعي (٢).

الوجه الثاني: لو سَلَّمْنا بأن البقاء حُكْم شرعي، فالاستصحاب دليل شرعي، كما سبق في أدلة القول الأول.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

النوع الثالث: استصحاب الحُكْم العقلي عند المعتزلة. فعندهم أن العقل يَحكم في بعض الأشياء إلى أن يَرِد الدليل السمعي.

وهذا لا خلاف بين أهل السُّنة في أنه لا يَجوز العمل به؛ لأنه لا حُكْم للعقل في الشرعيات (٣).

النوع الرابع: استصحاب الدليل، مع احتمال المُعارِض، إما تخصيصًا إن كان الدليل ظاهرًا، أو نَسْخًا إن كان الدليل نصًّا. وهذا أمر معمول به بالإجماع (٤).

---

(١) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٣٧٩).

(٢) انظر: «الإحكام» للآمدي (٤/ ١٣٥).

(٣) انظر: «البحر المحيط» للزركشي (٨/ ١٩)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٧٦).

(٤) انظر: «كشف الأسرار» لعلاء الدين الحنفي (٣/ ٣٧٧)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٦٠)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ١٨)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ١٧٦).

وقد اختُلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب، فأَثْبَتَهُ جمهور الأصوليين، ومَنَعه المحققون. وهي مناقشة لفظية [(١)].

النوع الخامس: استصحاب الحُكْم الثابت بالإجماع في محل النزاع. وهو راجع إلى الحُكْم الشرعي، بأن يُتفَق على حُكْم في حاله، ثم يتغير صفة المُجْمَع عليه، فيختلفون فيه، فيَستدل مَن لم يُغيِّر الحُكْم باستصحاب الحال.

مثاله: إذا استَدل مَن يقول: إن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته- لا تَبطل صلاته؛ لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك. فاستَصْحَب الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة [(٢)].

وهذا النوع اختَلَف فيه العلماء على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء إلى أنه ليس بحُجة [(٣)].

القول الثاني: ذهب بعض الأصوليين من الشافعية والظاهرية إلى حُجية هذا النوع [(٤)].

---

(١) كالجُويني في «البرهان» (٢/ ١٧١)، والسمعاني في «قواطع الأدلة» (٢/ ٣٥).

ودليله: (أن لفظ العموم دل على استغراقه جميع ما يتناوله اللفظ في أصل الوضع في الأعيان وفى الأزمان. فأيّ عَيْن وُجِدَتْ ثَبَت الحُكْم فيها، وأيّ زمان وُجِد ثَبَت الحُكْم فيه، يكون اللفظ دالًّا عليه وتَناوَله بعمومه، فيكون ثبوت الحُكْم في هذه الصورة من ناحية العموم لا من ناحية استصحاب الحال).

(٢) انظر: «قواطع الأدلة» (٢/ ٣٧)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٢٠).

(٣) انظر: «التبصرة» للشيرازي (١/ ٥٢٦)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٦٠)، و«الإحكام» للآمدي (٤/ ١٣٦).

(٤) انظر: «قواطع الأدلة» للسمعاني (٢/ ٣٧).

أدلة القول الأول:

استدلوا بدليلين:

١- أن الإجماع غير موجود في موضع الخلاف، وما كان حُجة لا يصح الاحتجاج به في الموضع الذي لا يوجد فيه، كألفاظ صاحب الشرع [١].

أن الاحتجاج لاستصحاب الحال يؤدي إلى التكافؤ والتعارض؛ وذلك أنه ما من أحد يَستصحب حال الإجماع في موضع الخلاف في صحة فعل وسقوط فرض، إلا ولخَصْمه أن يَستصحب حال الإجماع في اشتغال ذمته بالشرع وبقاء العبادة، فيتساويان في استصحاب حال الإجماع، فيتكافأان.

وبيان ذلك: أنه مَن قال في المتيمم إذا رأى الماء في صلاته: إن صلاته لا تَبطل؛ لأنَّا أجمعنا على صحة صلاته في انعقاد إحرامه، ولا يَجوز إبطال ما أجمعوا عليه إلا بدليل.

قيل له: قد أجمعنا على اشتغال ذمته بفرض الصلاة، فلا يَجوز إسقاط ما أجمعوا عليه إلا بدليل، ولا يكون التعلق بأحد الإجماعين بأَوْلَى من التعلق بالإجماع الآخَر، وما أدى إلى مِثل هذا كان باطلًا [٢].

أدلة القول الثاني:

استدلوا بدليلين:

١- احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُواْ كَالَّتِي نَقَضَتۡ غَزۡلَهَا مِنۢ بَعۡدِ قُوَّةٍ أَنكَٰثٗا﴾ [٣] فدل على أن ما ثبت لا يَجوز نقضه.

---

(١) انظر: «التبصرة» للشيرازي (١/ ٥٢٧)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٢١).

(٢) «التبصرة» للشيرازي (١/ ٥٢٧).

(٣) سورة النحل: الآية (٩٢).

والجواب عنه: أن الآية تقتضي المنع من نقض ما هو ثابت. وما أجمعوا عليه في موضع الخلاف غير ثابت، فلا يَدخل في الآية [(١)].

٢- أن ما ثَبَت بالعقل من براءة الذمم يجب استصحابه في مواضع الخلاف. فكذلك ما ثَبَت بالإجماع وجب أن يكون كذلك إلى أن يقوم الدليل على قاطع يقطعه ومُسْقِط يُسْقِطه. فإذا لم يَقم الدليل على سقوطه بقي ثابتًا على ما كان من قبل. ومَن ادعى سقوطه فعليه الدليل [(٢)].

الجواب عنه: قلنا: إنما وجب استصحاب براءة الذمة؛ لأن دليل العقل في براءة الذمم قائم في موضع الخلاف، فوجب استصحاب حُكْمه. وليس كذلك هاهنا؛ لأن الإجماع الذي أوجب الحُكْم قد زال في موضع الخلاف، فوجب طلب الدليل على إثبات حُكْمه [(٣)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

وقوع الاستثناء بالاستصحاب:

سبق معنا أن الاستصحاب دليل شرعي؛ ومِن ثَم يعتريه ما يعتري أدلة الشرع، ومِن ذلك وقوع الاستثناء به.

فمن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من مشروعية شركة الأبدان، خلافًا للشافعي. واستَثنى الحنفية شركة الأبدان في اكتساب المباحات، فهي عندهم فاسدة؛

(١) «التبصرة» للشيرازي (١/ ٥٢٧).
(٢) «قواطع الأدلة» للسمعاني (٢/ ٣٧).
(٣) «التبصرة» للشيرازي (١/ ٥٢٩).

لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء، فاستصحبوا هنا حُكْم الوكالة على هذه الشركة [١].

ومن ذلك: أن العلماء أجمعوا على عدم تضمين المُودَع بلا تَعَدٍّ ولا تفريط منه [٢]. واستَثنى الإمام أحمد في رواية عنه حال تلف الوديعة من بين مال المُودَع، فإنه يَضمنها لَمِظِنة تفريطه. فاستَصْحَب التضمين في حال التفريط فيما يُظَن فيه حصوله [٣].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٥٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٣٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٧٩)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤).

وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٢) انظر: «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ٣٣٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٨١).

(٣) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٨).

وسيأتي تفصيل هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

المطلب السادس

الاستثناء بسبب الاستصلاح

الاستصلاح في اللغة: خلاف الاستفساد. والمَصْلَحة: خلاف المَفْسَدة [(١)].

وفي الاصطلاح: هي المنفعة التي قَصَدها الشارع الحكيم لعباده، مِن حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونَسْلهم وأموالهم، طِبْق ترتيب مُعَيَّن فيما بينها [(٢)].

حُجية الاستصلاح:

إذا نظرنا إلى المصالح من جهة اعتبار الشارع لها، وجدناها على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: مصلحة معتبرة:

وهي المصلحة التي ثَبَت اعتبارها بنص أو إجماع، بورود دليل مُعَيَّن بخصوصها لبناء الحُكْم عليها. وقد عَبَّر عنها الأصوليون بـ(المصلحة المعتبرة)، أو (المُناسِب المُعتبَر).

وهذا النوع يَجوز الأخذ به، وبناء الأحكام عليه بإجماع القائلين بحجية القياس.

ويَدخل في هذا النوع جميع المصالح التي جاءت الأحكام المشروعة بتحقيقها، كحفظ العقل الذي شَرَع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر، وإيجاب الحد على شاربها. وحِفظ المال الذي شَرَع الشارع لتحقيقه تحريم السرقة وقطع يد السارق.

---

(١) «لسان العرب» لابن منظور (٢/ ٥١٦) مادة (صلح) و(٣/ ٣٣٥) مادة (فسد).

(٢) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٤)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٨٣)، و«ضوابط المصلحة» للبُوطي (ص٢٣).

وعن طريق هذا النوع من المصالح المعتبرة جاء دليل القياس؛ فإنه مبنيّ على النظر في الأحكام المشروعة، ومعرفة قصد الشارع فيها إلى مصلحة بعينها، حتى إذا وُجِدَتْ هذا المصلحة في واقعة أخرى، أَخَذَتْ حُكْم الواقعة المُصَرَّح بحكمها بالقياس عليها.

فهذا القسم يجب امتثاله، سواء أَظَهَرَ لنا وجه المصلحة فيه أم لم يَظهر؛ لِعِلْمنا يقينًا أن كل ما جاءت به الشريعة المطهرة فهو مصلحة للعباد (١).

النوع الثاني: مصلحة مُلغَاة:

وهي المصلحة التي عُلِم من الشارع عدم اعتبارها، وهي مَعَانٍ قام الدليل الشرعي على إلغائها وعدم اعتبارها. وتسمى عند الأصوليين بـ(المُناسِب المُلغَى)، أو (المصلحة المُلغَاة).

وهي لا يصح التعليل بها، ولا بِناء الحُكْم عليها اتفاقًا، مع العلم بأن الشارع الحكيم لا يَحكم بإلغاء مصلحة من المصالح إلا إذا ترتب على اعتبارها ضياع مصلحة أرجح منها، أو حصول مَفسدة تَفوق المصلحة (٢).

ومثال ذلك: ما حُكِيَ عن بعض أكابر العلماء أنه دخل على بعض السلاطين، فسأله عن الوقاع في نهار رمضان، فقال: عليك صيام شهرين متتابعَين. فلما خرج راجعه بعض الفقهاء وقالوا له: القادر على إعتاق الرقبة كيف يَعدل به إلى الصوم، والصوم وظيفة المعسرين، وهذا المَلِك يَملك عبيدًا غير محصورين؟! فقال لهم: لو قلت له: (عليك إعتاق رقبة) لاستحقر ذلك وأعتق عَبيدًا مرارًا، فلا يزجره

(١) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٣)، و«مذكرة الشنقيطي» (ص٢٠١)، و«علم أصول الفقه» لعبد الوهاب خَلَّاف (ص٨٥،٨٤).

(٢) انظر: «الاعتصام» للشاطبي (١/ ٦٠٩)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٩)، و«شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ٢١٠).

إعتاق الرقبة، ولكن يزجره صوم شهرين متتابعَين.

فهذا المعنى مُناسِب؛ لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر، والمَلِك لا يزجره الإعتاق ولكن يزجره الصيام. لكن هذه المصلحة مُلغَاة؛ لأنها مُعارِضة للنص الشرعي؛ إذ إن الكفارة مُرَتَّبة على الاستطاعة، فيجب أولًا العتق، فإن لم يستطع فعليه صيام ستين يومًا، فإن لم يستطع فعليه إطعام ستين مسكينًا (١).

النوع الثالث: مصلحة مُرسَلة:

وهي المصلحة التي لم يَشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها- بدليل مُعَيَّن من نص أو إجماع أو قياس. وسُمِّيَتْ بـ(المُرسَلة) لإرسالها عن شهادة دليل مُعَيَّن لا بالاعتبار أو الإلغاء.

وحقيقتها: كل منفعة داخلة في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء. فإذا حَدَثَتْ واقعة لم نجد لها من الشرع حُكْمًا، ولم تتحقق فيها علة اعتبَرها الشارع لحُكْم من أحكامه، ووُجِدَ فيها أمر مُناسِب لتشريع حُكْم مِن شأنه أن يَدفع ضررًا أو يحقق نفعًا، فهذا الأمر المناسب يسمى (المُناسِب المُرسَل) أو (المصلحة المُرسَلة). ووَجْه أنه مصلحة هو أن بناء الحُكْم عليه مَظِنة دفع ضرر أو جلب نفع. وإنما سُمِّيَتْ (مرسلة) لأن الشارع أطلقها، ولم يُقيِّدها باعتبار ولا إلغاء.

وليس معنى ذلك أن المصلحة المرسلة مجردة عن أي دليل تَستند إليه، أو مجردة عن أي دليل يُلغيها!! بل لا بد أن تكون مستندة إلى دليل ما قد اعتبره الشارع، غير أنه دليل لا يَتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها، كجنس حفظ الأرواح والعقول والأنساب (٢).

---

(١) انظر: «المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٤).

(٢) انظر: «الاعتصام» للشاطبي (١/ ٦١٢)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٥)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٨٣).

ولقد شاع لدى بعض الناس أن الإمام مالكًا وحده هو الآخذ بالمصالح المرسلة دليلًا من أدلة الأحكام الشرعية. وأضاف بعضهم إليه الإمام أحمد.

لكن النظر الدقيق يُثْبِت أن الأئمة الأربعة أخذوا بها، وإن كان ذلك تحت أسماء أخرى، فالعبرة بالمعنى قبل المبنى.

فالإمام أبو حنيفة عالجها تحت بابَي (الاستحسان) و(العُرْف)، والمصلحة المُرسَلة قريبة من الاستحسان والعُرْف؛ إذ إنه كان يَعتبر القياس أصلًا حيث لا نص ولا قول صحابي ما دام سائغًا، فإن لم يَبْقَ سائغًا أَخَذ بالاستحسان ما استقام له، فإن لم يستقم له أَخَذ بما يتعامل به الناس، وهو العُرْف. والأخذ بالعُرْف والاستحسان يقتضي اعتبار المُناسِب المُرسَل.

والإمام الشافعي عالجها تحت باب (القياس العامّ)، أي: من باب الأخذ بالمصلحة التي شَهِدَتْ لها نصوص الشرع وقواعده العامة، وإن لم يَشهد لها نص مُعَيَّن. وكذلك علماء مذهبه، وهذا هو بعينه الاستدلال المُرسَل، وهذا نظر ثاقب من الإمام الشافعي؛ لأن المصلحة قياس معنى، وإن لم تكن قياس لفظ.

وعلى ذلك يمكن أن نقول: إن المصلحة دليل شرعي مُسَلَّم بها من جمهور الفقهاء[1] فالخلاف بينهم في كون المصلحة دليلًا مستقلًّا أو أنها مندرجة تحت

---

(١) **وبَالَغ الطُّوفي - عفا الله عنه - في الاحتجاج بالمصالح المُرسَلة حتى لو عارضت النص والإجماع!** وادعى أن المصلحة أقوى من الإجماع، بل أقوى من أدلة الشرع كلها؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى.

واستَدل على ذلك ببيان اهتمام الشارع بها، وبإيراد الاعتراضات على أدلة الإجماع الموهنة لحُجيته. انظر: «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٣/ ٢٠٦).

وقوله هذا فيه اجتراء على النصوص، فنصوص الشريعة إنما جاءت لمصالح المُكلَّفين، فكيف يقال بمعارضتها لمصالحهم؟! فالخالق أعلم حيث تكمن مصالح عباده، =

دليل آخَر من الأدلة. وإلا فجميعهم يُقِررون أن الشريعة مبنية على رعاية المصالح، وجميعهم بَنَوْا بعض الفروع على المصلحة وإن اختلفوا في التسمية، وهذا ما عليه أكثر الصحابة والتابعين، ولكن الخلاف اشتهر فيها بين الأصوليين، وهو خلاف لفظي لا يترتب عليه ثمرة في الفروع [١].

= وحيث تَكمن مضارهم. فالمصلحة الحقيقية ما عُرِفَتْ بِهَدْي النصوص أو توابعها، ولا عبرة بمن قد يَحسبها مَفْسَدة.

(١) انظر: «التقرير والتحبير» لابن أمير الحاج (٣/ ١٥٠)، و«تيسير التحرير» لأمير بادشاه الحنفي (٣/ ٣١٤)، و«المُوافَقات» للشاطبي (١/ ٣٢)، و«شرح تنقيح الفصول» للقرافي (١/ ٣٩٤)، و«البرهان» للجُويني (٢/ ١٦٣-١٦٥)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٩)، و«تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني (١/ ٣٢٠)، و«قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام (٢/ ١٨٩)، و«القواعد النورانية» لابن تيمية (١/ ٢٠٥)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ٢٩٧)، و«نزهة الخاطر العاطر» لابن بدران (١/ ٥١٠).

ومُحَصِّلة الخلاف عند الأصوليين ثلاثة أقوال:

فمِنهم مَن يرى الجواز مطلقًا.
ومِنهم مَن يراه مشروطًا.
ومِنهم مَن يَمنع الأخذ بالمصالح المرسلة مطلقًا.

ولكن عند التتبع والاستقراء نجد أن العلماء جميعهم يَستدلون بالمصالح المرسلة، ولكن تختلف هذه المذاهب في التوسع والتضييق في الأخذ بها.

ولهذا يقول القرافي في «شرح تنقيح الفصول» (١/ ٣٩٤):

(أما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تَفَقّدْتَ وَجدتَهم إذا قاسوا وجَمَعوا، وفَرَّقوا بين المسألتين، لا يَطلبون شاهدًا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جَمَعوا وفَرَّقوا، بل يَكتفون بمطلق المُناسَبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي إذن في جميع المذاهب).

والأدلة على اعتبار المصلحة المرسلة كثيرة، فمنها:

١- الآيات الدالة على أن الشريعة جاءت لمصالح العباد والتيسير عليهم، كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾[٤].

فهذه الآيات تدل على أن مِن مقاصد الشرع التيسير على الناس ورَفْع الحرج. والعمل بالمصالح المُرسَلة فيه تيسير على الناس؛ إذ لو كُلِّفْنا الرجوع إلى النصوص الخاصة لخَلَتْ كثير من الوقائع عن الأحكام[٥].

٢- أن الصحابة رضي الله عنهم عملوا بالمصالح المُرسَلة فيما طرأ لهم من الحوادث.

ومن ذلك: جَمْع القرآن في مصحف واحد. وإيقاع عُمَر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة. وقَتْل الجماعة بالواحد. والصحابة في ذلك لا يَصدرون عن رأي مجرد أو هوى متبع! وإنما يَصدرون عن القرآن الذي تَلَقَّوْه، والنبيِّ ﷺ الذي تَعَلَّمُوا على يديه[٦].

ومما ينبغي لنا الإشارة إليه: أن المحتجين بـ(المصلحة المُرسَلة) احتاطوا للاحتجاج بها؛ لكيلا تكون بابًا للتشريع بالهوى والتشهي؛ ولهذا اشترطوا في (المصلحة المُرسَلة) التي يبنى عليها التشريع شروطًا أربعة:

---

(٢) سورة البقرة: الآية (١٨٥).

(٣) سورة النساء: الآية (٢٨).

(٤) سورة الأنبياء: الآية (١٠٧).

(٥) انظر: «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام (٢/ ١٨٩).

(٦) انظر: «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني (١/ ٣٢٠)، و«شرح مختصر الروضة» للطوفي (٣/ ٢١٣).

١- **أن تكون مصلحة حقيقية راجحة، وليست مصلحة وهمية أو مرجوحة،** والمراد بها: أن يُتحقَّق من أن تشريع الحكم في الواقعة يَجلب نفعًا أعظم أو يَدفع ضررًا أعظم. وأما مجرد توهم أن التشريع يَجلب نفعًا من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر، فهذا بِناء على مصلحة وهمية أو مرجوحة لم يَعهد الشرع باعتبارها [1].

٢- **أن تكون مصلحة عامة، وليست مصلحة شخصية،** والمراد بهذا: أن يُتحقَّق مِن أن تشريع الحُكْم في الواقعة يَجلب نفعًا لأكبر عدد من الناس، أو يَدفع ضررًا عنهم، وليس لمصلحة فرد أو أفراد قلائل منهم [2].

٣- **ألا يُعارِض التشريع لهذه المصلحة حُكْمًا أو مبدأ ثَبَت بالنص أو الإجماع،** فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الإرث؛ لأن هذه مصلحة مُلغَاة لُمعارَضتها نص القرآن [3].

٤- **أن تكون في مواضع الاجتهاد، لا في المواضع التي يتعين فيها التوقيف،** كأسماء الله وصفاته، وأصول العبادات [4].

وقوع الاستثناء بالاستصلاح:

تَقَرَّرَ معنا أن المصالح المُرسَلة حُجة عند الفقهاء جميعهم، وإن اختلفت تسميات بعض العلماء لها؛ ولذلك وقع الاستثناء بها كما وقع في بقية الأدلة الشرعية.

فمن ذلك: ما أورده بعض المالكية من أنه يَجوز للإمام العدل المطاع المُفتقِر إلى

---

(١) انظر: «الاعتصام» للشاطبي (١/ ٦٣١)، و«البحر المحيط» للزركشي (٨/ ٨٧).
(٢) «علم أصول الفقه» لعبد الوهاب خَلَّاف (ص٨٦).
(٣) انظر: «البرهان» للجُويني (١/ ١٦٥)، و«المُستصفَى» للغزالي (١/ ١٧٩).
(٤) «الاعتصام» للشاطبي (١/ ٦٣١).

تكثير الجنود لسَدِّ الثغور وحماية الـمِلك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم- فللإمام أن يُوظِّف على الأغنياء ما يراه كافيًا لهم في الحال، إلى أن يَظهر مال في بيت المال.

وهذا الحُكْم مُستثنًى من عموم النصوص التي تُحَرِّم أخذ مال المسلم إلا برضاه وبطِيب نفس منه (١).

ومن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا، واستثنَوْه من عموم إباحة البيع. خلافًا للحنفية.

وتَمَسَّك الجمهور بعموم الأدلة التي تأمر بالتعاون على البر والتقوى وعدم التعاون على الإثم والعدوان، وبعموم أدلة تحريم الخمر (٢).

ومن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من وجوب الضمان على الأجير الخاص فيما تَلِف في يده بتعديه أو تفريطه.

وهو مُستثنًى من عموم عدم الضمان في الأمانات. وذلك صيانة لأموال الناس من التلاعب والتلف؛ لأن حفظ المال من الضرورات الخمس التي جاءت الشريعة بحفظها وصيانتها (٣).

---

(١) المرجع السابق (١/ ٦١٩).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢/ ٢٨٣)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٧)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٥٣)، و«المغني» لابن قدامة (٢/ ٢٨٣).

وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ٢١١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٣٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٦٧)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٨٩).

وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ٢٦٣).

المطلب السابع

الاستثناء بسبب العُرْف

العُرْف في اللغة: ضد النُّكْر، وهو كل ما تَعرفه النفس من الخير وتَطمئن إليه[١].

ويطلق أيضًا على تتابع الشيء متصلًا بعضه ببعض.

ويطلق على السكون والطُّمأنينة [٢].

والمعنى الأول هو الذي أراده الأصوليون والفقهاء من بحثهم له.

وفي الاصطلاح: عَرَّفه العلماء قديمًا وحديثًا بتعريفات عدة، تكاد تكون متقاربة فيما بينها، وسأكتفي بذكر تعريفين منها:

الأول: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتَلَقَّتْه الطبائع بالقَبول [٣].

والثاني: ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة [٤].

وهي كلها متقاربة فيما بينها، فلا داعي للإطالة في ذكرها [٥].

---

(١) «لسان العرب» لابن منظور (٩/ ٢٣٩) مادة (عرف).

(٢) «مقاييس اللغة» لابن فارس (٤/ ٢٨١) مادة (عرف).

(٣) «التعريفات» للجرجاني (١/ ١٤٩). (٤) «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٧٩).

(٥) **فمِن هؤلاء**: ابن عطية في تفسيره «المُحَرَّر الوجيز» (٢/ ٤٩١)، والقرطبي في «تفسيره» (٧/ ٣٤٦).

وقد فَرّق بعض العلماء بين (العرف) و(العادة)، والحقيقة أنه على الرغم من هذا الاختلاف الذي يذكرونه، فإن الفقهاء أَجرَوُا العادة والعُرْف في الأقوال والأفعال بمعنى واحد في استعمالاتهم، وفي بناء الأحكام عليها عند التفريع.

انظر: «علم أصول الفقه» لعبد الوهاب خَلَّاف (ص٨٩).

حُجية العُرْف:

لقد عَدَّ العلماء العُرْف أصلًا من أصول الاستنباط تُبْنَى عليه الأحكام، ومن أقوالهم الدالة على حُجية العُرْف: (العادة مُحَكَّمَة) و(المعروف عُرْفًا كالمشروط شرطًا) فلذلك بَنَوْا على العُرْف كثيرًا من الأحكام الشرعيّة والفروع الفقهية، فقَلَّما تجد بابًا من أبواب الفقه لا يكون للعُرْف مَدخل في أحكامه [١].

ومن ذلك ما جاء في «المبسوط»:

(وتَعامُل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير... وهو نظير دخول الحَمَّام بأجر، فإنه جائز لتَعامُل الناس، وإن كان مقدار المكث فيه وما يُصَب من الماء مجهولًا. وكذلك شُرْب الماء من السَّقَّا بفلس، والحجامة بأجر جائز لتَعامُل الناس)[٢].

وجاء في «الموافقات»:

(والحُكْم أيضًا يَتَنَزَّلُ على ما هو معتاد فيه بالنسبة إلى مَن اعتاده دون مَن لم يَعْتَدْه، وهذا المعنى يَجري كثيرًا في الأيمان والعقود والطلاق، كناية وتصريحًا) [٣].

وجاء في «فتح الباري»:

(وفيه اعتماد العُرْف في الأمور التي لا تحديد فيها مِن قِبل الشرع... والشافعية إنما أنكروا العمل بالعُرْف إذا عارضه النص الشرعي، أو لم يُرشِد النص الشرعي إلى العُرْف) [٤].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص٧٩)، و«شرح تنقيح الفصول» للقرافيّ (١/ ٤٤٨)، و«الأشباه والنظائر» للسُّبكي (١/ ٥٠)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٩٠).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٣٨).

(٣) «الموافقات» للشاطبي (٢/ ٤٩٩).

(٤) «فتح الباري» لابن حجر (٩/ ٥١٠) في سياق شرحه لقول النبي ﷺ لهند بنت عتبة: «خذي ما يَكفيكِ وولدكِ بالمعروف».

وجاء في «شرح الكوكب المنير»:

(من أدلة الفقه أيضًا (تحكيم العادة) وهو معنى قول الفقهاء: (إن العادة مُحَكَّمَة) أي: معمول بها شرعًا [(١)].

وبهذا يمكن الجزم بأن (العُرْف) من الأدلة التي لم يُنازِع فيها أحد من الفقهاء؛ إذ هم متفقون على اعتبار العرف الصحيح دليلًا في الجملة يُرجَع إليه لمعرفة الأحكام إذا أعوزهم النص.

وهم لا يَقصدون بكونه مُعتبَرًا أنه ينشئ أحكام الشرع، أو يُظْهِرها كنص الكتاب والسُّنة! بل يَقصدون بذلك أن نصوص الشرع وعبارات المتعاملين تُفسَّر وَفْق عُرْف الخِطاب طالما أنه ليس هناك نص شرعي.

أما الحالات التي يَظهر فيها العُرْف مُنشِئًا للأحكام، كدخول الحَمَّام أو بيع المعاطاة، فإن الدليل المنشئ للحُكْم ليس العُرْف مستقلًّا، وإنما يسنده إما السُّنة التقريرية، أو الإجماع العملي، أو اعتبار المصلحة ورَفْع الحرج، أو الاستحسان [(٢)].

وأدلتهم على اعتبار العرف كثيرة، وسأكتفي بذكر أَصْرَحِها من الكتاب والسُّنة:

١- قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ۚ مِّن قَبْلِ صَلَوٰةِ ٱلْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِ ۚ ثَلَـٰثُ عَوْرَٰتٍ لَّكُمْ﴾ [(٣)].

وَجْه الاستدلال: أن الله ﷻ أَمَر بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة

---

(١) «شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٤/ ٤٤٨).

(٢) انظر: «الاعتصام» للشاطبي (١/ ٦٠٧).

(٣) سورة النور: الآية (٥٨).

فيها بالابتذال ووَضْع الثياب، فقد بنى الحُكْم الشرعي على ما كانوا يعتادونه [(١)].

٢- أن رسول الله ﷺ قضى على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها [(٢)].

---

(١) انظر: «تفسير القرطبي» (١٢/ ٣٠٤).

(٢) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب الأقضية، القضاء في الضَّوَارِي والحَرِيسَة (٤/ ١٠٨٢) برقم (٢٧٦٦).

وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب المواشي تُفسِد زرع قوم (٣/ ٢٩٨) برقم (٣٥٦٩).

وأخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحُكْم فيما أَفسدت المواشي (٢/ ٧٨١) برقم (٢٣٣٢).

ورواه الحاكم في «المُستدرَك»، كتاب البيوع (٢/ ٥٥) برقم (٢٣٠٣) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد.

ورواه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الأشربة والحد فيها، باب الضمان على البهائم (٨/ ٥٩٢) برقم (١٧٦٧٥).

وقال ابن عبد البر:

(هذا الحديث وإن كان مرسلًا، فهو حديث مشهور، أَرْسَله الأئمة، وحَدَّث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز وتَلَقَّوْه بالقَبول، وجرى في المدينة به العمل، وقد زَعَم الشافعي أنه تَتَبَّعَ مراسيل سعيد بن المسيب فألفاها صحاحًا، وأكثر الفقهاء يحتجون بها، وحَسْبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث). «التمهيد» (١١/ ٨٢).

وقال أيضًا: (وهو حديث مشهور وصحيح من حديث الأئمة الثقات، مع عمل أهل المدينة به وسائر أهل الحجاز) «التمهيد» (١١/ ٨٥).

وقال الشافعي: (أَخَذْنَا به لثبوته ومعرفة رجاله) «تكملة المجموع» للمطيعي (١٩/ ٢٦٠).

وقال الماوردي: (رواه الشافعي عن مالك عن الزُّهْري مرسلًا، ورواه الشافعي عن أيوب عن الأوزاعي عن الزُّهْري مُسنَدًا، فتَأَكَّد) «الحاوي» (١٣/ ٤٦٨).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ بنى التضمين على ما جرت به عادة الناس؛ إذ إن عادتهم إرسال مواشيهم بالنهار للرعي وحَبْسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين والمزارع أن يكونوا عند أموالهم في النهار دون الليل [١].

وقد اشتَرط الفقهاء لاعتبار العُرْف أربعة شروط:

الأول: ألا يُخالِف العُرْف نصًّا من كتاب أو سُنة. فلو تَعارَف الناس على التعامل بالربا، فلا اعتبار لهذا العُرْف؛ لأنه عُرْف فاسد لمخالفته نصوص الشرع [٢].

الثاني: أن يكون العُرْف مُطَّرِدًا أو غالبًا. ومعنى الاطِّرَاد: أن يكون العمل به لدى متعارفيه مستمرًّا في جميع الحوادث، لا يتخلف في واحدة منها. ومعنى الغلبة: أن يكون جاريًا في أكثر الحوادث إذا لم يكن جميعها [٣].

الثالث: أن يكون العُرْف موجودًا عند إنشاء التصرف. وذلك بأن يُقارِن الفعل من دون تأخير. فلو كان العُرْف طارئًا فلا عبرة به [٤].

الرابع: ألا يُعارِض العُرْفَ تصريحٌ بخلافه [٥]. كما لو استأجر شخصٌ آخَرَ ليَعمل له من الظُّهْر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمُستأجِر أن يُلْزِم الأجير العمل من الصباح إلى المساء، بداعي أن عُرْف البلدة كذلك! بل يَتبع المدة المعينة بينهما [٦].

---

(١) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ٨٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنِع والإنصاف» (١٥/ ٣٣٨). وسيأتي تفصيل هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٢) انظر: «الموافقات» للشاطبي (٢/ ٤٨٨).

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٩٢).

(٤) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص٨٦)، و«شرح تنقيح الفصول» للقرافي (١/ ٢١١).

(٥) «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» للعز بن عبد السلام (٢/ ١٨٦).

(٦) «دُرَر الحُكَّام في شرح مجلة الأحكام» لعلي أفندي (١/ ٤٧).

وقوع الاستثناء بالعُرْف:

تَقَرَّرَ معنا فيما سبق أن جميع الأئمة متفقون على اعتبار العُرْف، ونورد هنا بعض الفروع الفقهية التي استثناها الفقهاء بسبب العُرْف.

فمن ذلك: ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة بيع المعاطاة، خلافًا للجمهور. ثم استثنى الشافعية بيع المعاطاة في المُحقَّرات دون الأمور الغالية والنفيسة. ودليلهم على الاستثناء أن العُرْف جرى بذلك في الشيء اليسير (١).

ومن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم جواز تعليق البيع على شرط. ثم استَثنى الحنابلة من ذلك بيع العَربون، ومما استدلوا به أنه قد تَعارَف عليه كثير من البلدان. وقالوا: إن العُرْف معتبر إذا لم يعارضه نص (٢).

ومن ذلك: ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم جواز بيع المعدوم (٣)، ثم استثنَوْا عقد الاستصناع (٤) على خلاف بينهم، هل هو عَقْد مستقل بذاته كما تقول الحنفية، أم ملحق بالسلم؟

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٤)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٢٨)، و«المجموع» للنووي (٩/ ١٤٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٤٦-١٤٨).
وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٢) انظر «تبيين الحقائق للزيلعيّ، مع حاشية الشلبي» (٤/ ١٣١)، و«الشرح الكبير» للدردير (٣/ ٦٣)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٣٥)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٥). وانظر بقية الكلام في هذه المسألة (ص ؟؟؟؟).

(٣) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٧٩)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨)، و«الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٢٥)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٥-١٥٧).

(٤) **هو عَقْد على مبيع في الذمة شُرِط فيه العمل. وهذا تعريف الكاساني في** «البدائع» (٥/ ٢).
أما الجمهور فلا يَذكرون عقد الاستصناع بتعريف مستقل، وإنما يذكرونه في باب السَّلَم: في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة. ويصرحون بعدم جوازه إذا لم تتوفر فيه شروط السَّلَم. أما الحنفية فهم يَعُدّونه عقدًا مستقلًّا متميزًا بأحكامه.

ويَستدلون بالإجماع العمل عليه، فإن المسلمين اليوم- حتى أولئك الذين يصرحون بعدم جواز عقد الاستصناع- يمارسونه عمليًّا في حياتهم، فيَذهب الواحد منهم إلى الخياط، ويقاوله على خياطة ثوب، ويكون الثوب والعمل من لدن الخياط. وهذا استدلال بعرف الناس [١].

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢)، و«تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي» (٤/ ١٢٣).

الباب الأول

المُستثنَيات الفقهية في العقود المالية

فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: المُستثنَيات الفقهية في عقود المُعاوَضات.

الفصل الثاني: المُستثنَيات الفقهية في عقود التبرعات.

الفصل الثالث: المُستثنَيات الفقهية المتعلقة بالدُّيون.

الفصل الأول

المُستثنَيات الفقهية في عقود المُعاوَضات

وفيه اثنا عشر مبحثًا:

المبحث الأول: المُستثنَيات في صِيَغ البيع.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في شروط البيع.

المبحث الثالث: المُستثنَيات في الشروط في البيع.

المبحث الرابع: المُستثنَيات في باب الخِيار.

المبحث الخامس: المُستثنَيات في باب الربا والصرف.

المبحث السادس: المُستثنَيات في باب بيع الأصول والثمار.

المبحث السابع: المُستثنَيات في باب السَّلَم.

المبحث الثامن: المُستثنَيات في باب الشركة.

المبحث التاسع: المُستثنَيات في باب المساقاة.

المبحث العاشر: المُستثنَيات في باب الإجارة.

المبحث الحادي عشر: المُستثنَيات في باب السَّبْق.

المبحث الثاني عشر: المُستثنَيات في باب الشُّفْعة.

المبحث الأول

المُستثنَيات في صِيَغ البيع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء حال التفرق عن المجلس، والتشاغل بما يَقطع القَبول- من صحة تراخي القَبول عن الإيجاب.

المطلب الثاني: استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة.

المطلب الأول

استثناء حال التفرق عن المجلس، والتشاغل بما يَقطع القَبول- من صحة تراخي القَبول عن الإيجاب

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الإيجاب والقَبول، وبيان حُكْم تراخي القَبول عن الإيجاب:

الإيجاب لغةً: مصدر أَوْجَب، بمعنى أَلْزَمَ. و(وَجَب البيع) أي: لَزِم وثَبَت [(١)].

القَبول لغة: مِن قَبِلَ الشيءَ قَبولًا، إذا رَضِيَه. و(قَبول الشيء): محبته والرضا به ومَيْل النفس إليه [(٢)].

تعريف الإيجاب والقَبول في اصطلاح الفقهاء:

ذهب الحنفية إلى أن الإيجاب: هو ما صَدَر أولًا من العاقد أيًّا كان منهما. **والقَبول:** هو ما صَدَر من العاقد الآخَر أيًّا كان [(٣)].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة- إلى أن الإيجاب: هو

(١) « انظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس (٦/ ٨٩)، مادة (وجب)، و«لسان العرب» لابن منظور (١/ ٧٩٣)، مادة (وجب).

(٢) انظر: «تهذيب اللغة» للأزهريّ (٩/ ١٣٦)، مادة (قَبِل)، و«لسان العرب» لابن منظور (١١/ ٥٣٤)، مادة (وجب).

(٣) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٣/ ٣٤٤)، و«تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ» (٤/ ٣).

ما يَصدر من الـمُمَلِّك كالبائع والمُؤَجِّر، سواء صَدَر أولًا أم ثانيًا. **أما القَبول**: فهو ما يَصدر من المُتملِّك كالمشتري والمُستأجِر، سواء صَدَر أولًا أم ثانيًا [١].

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، والخلاف في ذلك خلاف اصطلاحي، ولا ثمرة تُذْكَر من ذلك. والمقصود أن يَصدر لفظ الإيجاب من أحد العاقدَين، ويَصدر القَبول من العاقد الآخَر. وبذلك يَتم عقد البيع.

حُكْم تراخي القَبول عن الإيجاب:

اختَلَف الفقهاء في حُكْم تراخي القَبول عن الإيجاب- على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة- إلى عدم اشتراط الفورية في القَبول [٢].

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى اشتراط الفورية في القَبول [٣].

دليل القول الأول: أن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشتُرِطت الفورية فلن يمكنه التأمل. كما أن في اشتراط الفورية تضييقًا على القابل، أو تفويتًا للصفقة من غير مصلحة راجحة. فإنْ رَفَض فورًا فستضيع عليه الصفقة. وإنْ قَبِل فورًا فربما كان في العقد ضرر عليه، فيَحتاج لفترة تأمل للموازنة بين ما يأخذ أو يَغنم، وبين ما يُعطِي أو يَغرم في سبيل العقد [٤].

---

(١) انظر: «حاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير» (٣/ ٣)، و«المجموع» للنوويّ (٧/ ١٦٥)، و«المغني» لابن قدامة (٣/ ٥٦١).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاسانيّ (٥/ ١٣٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤٠)، و«كشاف القناع» للبُهُوتِيّ (٥/ ٤١).

(٣) «مغني المحتاج» للشربينيّ (٢/ ٦).

(٤) «بدائع الصنائع» للكاسانيّ (٥/ ١٣٧).

أدلة القول الثاني:

١- أن في تأخر القَبول عن الإيجاب إشعارًا بالإعراض عن القَبول وإتمام العقد [(١)].

ويجاب عنه: بأننا لا نُسَلِّم بأن تأخر القَبول عن الإيجاب هو إعراض مطلقًا، بل هو لأجل أن يتأمل القابل في مصلحته التي في العقد.

٢- أن حال القَبول مع الإيجاب كحال المُستثنَى مع المُستثنَى منه، وحال الشرط مع المشروط، وحال الخبر مع المبتدأ، ولا يَتم أحدهما إلا أن يَرتبط بالآخَر.

ويجاب عنه: بأن اشتراط الفورية في القَبول فيه مشقة على المتعاقدَين، والشريعة جاءت تيسيرًا لحياة الناس لاسيما في أبواب المعاملات التي الأصل فيها الحِل والإباحة[(٢)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن في اشتراط الفورية في القَبول مشقة تخالف الأصل الذي بُنِيَتْ عليه المعاملات- بغير دليل مُعتبَر يُعضِّده.

سبب الخلاف:

يَظهر من الخلاف السابق أن ملاحظة مصلحتَي المُوجِب والقابل هي سبب الخلاف: فمصلحة المُوجِب تقتضي ألا يكون إيجابه مُعلَّقًا إلا بقَدْر أن يتمكن القابل من الرد. ومصلحة القابل تقتضي أن تُعطَى له الفرصة الكافية للتروي والتدبر. فراعى الجمهور مصلحة القابل، وراعى الشافعية مصلحة المُوجِب.

(١) «مغني المحتاج» للشربينيّ (٢/ ٦).

(٢) انظر: «العناية شرح الهداية» للبابرتي (٥/ ٧٨).

ثمرة الخلاف:

يَظهر - والله أعلم - أن الخلاف لا ثمرة له؛ لأن الشافعية عوضوا عن هذه الفورية إعطاء حق الخيار للمتعاقدَين، فلكل منهما حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد(١).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء التفرق عن المجلس، والتشاغل بما يَقطع القَبول

يَرِد هذا الاستثناء على قول جماهير الفقهاء، القائلين بعدم اشتراط الفورية في القَبول، فهم رَاعَوْا حق القابل وأَعْطَوْه الفرصة للتروي والتأمل. كما أنهم لم يُفَرِّطوا بحق المُوجِب، فجعلوا لإيجابه حدًّا ينتهي إليه ويَبطل به.

وذلك في حالتين:

١- التفرق عن المجلس.

٢- التشاغل بما يَقطع القَبول(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١- أن حُكْم المجلس حُكْم حالة العقد، بدليل صحة القبض فيما يُشترَط القبض فيه، وثبوت الخيار في عقود المُعاوَضات.

٢- أن التفرق عن المجلس والتشاغل بما يَقطع القَبول يُشْعِر بالإعراض عن العقد(٣).

---

(١) «مغني المحتاج» للشربينيّ (٢/ ٦).

(٢) انظر: «مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٦)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٢٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤٠)، و«الشرح الكبير» (٧/ ٣٧٧).

(٣) «الشرح الكبير» (٧/ ٣٧٧).

٣- أنه جرت عادة الناس على أن التشاغل عن البيع بما يقطعه هو إعراض عن البيع.

٤- أن في ذلك مصلحة للمتبايعَين وحماية لهما من الغرر والغش والتنازع.

الراجح: يظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن فيه مصلحة للمتعاقدَين وحفظًا لحقيهما، وقطعًا للنزاع بينهما.

سبب هذا الاستثناء:

يتجاذب الاستثناء سببان، هما:

١- **المصلحة**: وهو ظاهر بما يترتب على الاستثناء من حفظ لحقوق المتعاقدَين، وقَطْع النزاع بينهما.

٢- **العُرْف**: والذي يتضح باعتبار التفرق عن مجلس العقد والتشاغل عنه- إعراض عن البيع في عرف الناس [(١)].

القاعدتان المرتبطتان بهذا الاستثناء:

يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (العادة مُحَكَّمَة) وذلك كما أسلفنا من أن عادة الناس على اعتبار التفرق عن مجلس العقد والتشاغل عنه- إعراض عن البيع [(٢)].

كما يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضرار) وذلك أن في الاستثناء دفعًا للضرر المتوقع بين المتعاقدَين والتنازع فيما بينهما [(٣)].

---

(١) انظر: «حاشية الروض» لابن قاسم (٤/ ٣٢٩).

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص١١٥).

(٣) انظر: «المدخل الفقهي العامّ» للزرقا (٢/ ٩٧٨-٩٨٠).

المطلب الثاني

استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المعاطاة، وبيان حُكْمها

المعاطاة لغة: جاء في «مقاييس اللغة»: (العين والطاء والحرف المعتل: أصل واحد صحيح، يدل على أخذ ومُناوَلة، لا يَخرج الباب عنهما، فالعَطْو: التناول باليد)(١).

وفي اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: الأخذ والإعطاء (٢).

وعند المالكية: هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المُثَمَّن، من غير إيجاب ولا استيجاب(٣).

وعند الشافعية: هي أن يتفقا على ثمن ومُثَمَّن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قَبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما (٤).

وعند الحنابلة: هي الصيغة الفعلية (٥).

---

(١) «مقاييس اللغة» لابن فارس (٤/ ٣٥٣) مادة (عطو).
وانظر: «لسان العرب» لابن منظور (١٥/ ٧٠) مادة (عطا).
(٢) «حاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٩).
(٣) «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٢٨).
(٤) «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٥٥).
(٥) «الروض المربع» للبُهُوتي بحاشية ابن قاسم (٤/ ٣٣٠).

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، وكلها تدور في فَلَك المعنى اللُّغَوي وهو المُناوَلة.

وقد اختَلَف الفقهاء في حُكْم بيع المعاطاة على قولين:

القول الأول: مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو صحة بيع المعاطاة (١).

القول الثاني: مذهب الشافعية، وهو عدم صحة بيع المعاطاة، وأن البيع لا ينعقد إلا بصيغة، ولا صيغة إلا بقَبول وإيجاب (٢).

أدلة القول الأول:

١- أن الناس من لدن عصر النبوة إلى يومنا هذا ما زالوا يتبايعون بالمعاطاة، ولم يُنقَل إنكاره من المُخالِفين، فكان إجماعًا سكوتيًّا (٣).

٢- ما جاء عن أبي هرير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز لأمتي ما حَدَّثَتْ به أنفسها، ما لم يتكلموا أو يَعملوا به» (٤).

وَجْه الدلالة: أنه دَلّ على أن المعاطاة عمل يتعلق به التكليف، فكانت معتبرة على انفرادها في البيع والشراء.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٤٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٢٨)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٤٦-١٤٨).

(٢) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ١٧٤وما بعدها)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٥).

(٣) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٨).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حَنِث ناسيًا في الأيمان (٨/ ١٣٥) برقم (٦٦٦٤).

وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب تَجاوُز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب، إذا لم تستقر (١/ ١١٦) برقم (٢٠١).

٣- قياس البيع بالمعاطاة على البيع بالقَبول والإيجاب، بجامع دلالتهما الواضحة على الرضا.

٤- أن الله أَحَل البيع ولم يُبيِّن كيفيته، فوجب فيه الرجوع إلى العُرْف، كالقبض والتفرق (١).

٥- أن العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها، لشَقّ ذلك على الناس، ولفسدت أكثر عقودهم، ولكانت أكثر أموالهم محرمة (٢).

أدلة القول الثاني:

١- عموم النصوص التي اشتَرطت الرضا في البيع، كقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (٣).

وما رواه أبو سعيد الخُدْريّ رضي الله عنه مرفوعًا: «إنما البيع عن تراضٍ» (٤).

وَجْه الدلالة: أن المعاطاة لا تدل على الرضا؛ إذ هي تحتمل وجوهًا كثيرة، والرضا من المعاني التي في النفس ولا تنضبط إلا بالألفاظ (٥).

ويجاب عنه: بأن غاية ما في النصوص هو اشتراط الرضا، ولمعرفة الرضا طرق

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٨).

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٩/ ٩).

(٣) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع الخيار، برقم (٢١٨٥).

وأخرجه ابن حِبان في «صحيحه» في كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه (١١/ ٣٤١) برقم (٤٩٦٧).

وقال البوصيري: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات. انظر: «مصباح الزجاجة» (٢/ ١٣٨).

(٥) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٥).

شتى، وحَصْره باللفظ لا دليل عليه، بل الدليل على عدم الحصر استفيد من الكتاب والسُّنة.

٢- أن الفعل لا دلالة له بالوضع؛ فلذا لم يُعتبَر، واحتيج إلى اللفظ.

ويجاب عنه: بأن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية، ففيها دلالة عُرْفية، وهي كافية في الدلالة على الرضا المُعتبَر (١).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لأن المرجع هنا هو العُرْف، فكل ما وَرَد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة- يُرجَع فيه إلى العُرْف (٢).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشيء اليسير- من عدم صحة بيع المعاطاة

يَرِد هذا الاستثناء على مذهب الشافعية، القائلين بعدم صحة بيع المعاطاة، فذهب بعضهم إلى جواز بيع المعاطاة في المُحقَّرات دون الأمور الغالية والنفيسة (٣)، ودليلهم أن العُرْف إنما جرى في الشيء اليسير (٤).

ويجاب عنه: بأن قَصْر المعاطاة على الشيء اليسير تَحَكُّم لا دليل عليه.

كما يجاب عنه بأدلة جمهور الفقهاء في المسألة السابقة.

---

(١) «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٨٨).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص١٠٩).

(٣) كابن سُرَيْج والغزالي.

انظر: «فتح العزيز» للرافعي (٨/ ٩٩)، و«المجموع» للنووي (٩/ ١٦٢).

(٤) «إحياء علوم الدين» للغزالي (٢/ ٦٩)، والمصادر السابقة.

الراجح:

رَجَّحْتُ في المسألة السابقة مذهب جمهور الفقهاء، وهو صحة بيع المعاطاة. وبِناء على ذلك فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ إذ هو وارد على مذهب المُخالِفين وهو مرجوح كما أسلفنا.

سبب استثنائهم الشيء اليسير:

يَظهر جليًّا أن سبب استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة- هو ما ظنه أصحاب هذا القول من أن عُرْف الناس إنما كان في بيع المعاطاة في الشيء اليسير فقط؛ وبِناء عليه اسْتَثْنَوْه من عدم صحة بيع المعاطاة.

القاعدة المرتبطة بهذا الاستثناء:

يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى (العادة مُحَكَّمة) وذلك لِما سبق بيانه أن العُرْف إنما جرى في الشيء اليسير. وما أطلقه الشارع ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، فالمرجع فيه إلى العُرْف[1].

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص١٠٩).

المبحث الثاني

المُستثنَيات في شروط البيع

وفيه اثنا عشر مطلبًا:

المطلب الأول: استثناء الإكراه بحق من الإكراه الذي يَبطل به البيع.

المطلب الثاني: استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبي المُميِّز والسفيه بدون إذن وليهما.

المطلب الثالث: استثناء بيع دُود القَزّ من عدم جواز بيع دُود القَزّ.

المطلب الرابع: استثناء بيع النَّحْل في كُوَّارته مع العسل- من عدم جواز بيع النَّحْل.

المطلب الخامس: استثناء بيع كلب الصيد والحرث والماشية- من النهي عن بيع الكلب.

المطلب السادس: استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العَالِم بنجاستها- من النهي عن بيعها.

المطلب السابع: استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة- من النهي عن بيع اللبن في الضرع.

المطلب الثامن: استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير- من عدم صحة بيعه وشرائه.

المطلب التاسع: استثناء حال السفر دون الحضر- من عدم جواز بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه.

المطلب العاشر: استثناء ما فيه نفع من الحشرات- من عدم جواز بيع الحشرات.

المطلب الحادي عشر: استثناء مَن يَتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير.

المطلب الثاني عشر- استثناء وقت الفتنة من جواز بيع السلاح.

المطلب الأول

استثناء الإكراه بحق مِن الإكراه الذي يَبطل به البيع

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع المُكْرَه

اختَلَف الفقهاء في حُكْم بيع المُكْرَه على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى إبطال بيع المُكْرَه (١).

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة وصاحباه (٢) إلى أن بيع المُكْرَه يقع فاسدًا، ويَثبت

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٧)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (٤/ ٥).
وقال النووي: (وهو مذهب الجمهور) «المجموع» (٩/ ١٦١).

(٢) **هما يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول مَن نَشَر مذهبه.**

كان فقيهًا عَلَّامة، مِن حُفاظ الحديث. وُلِد بالكوفة سَنة (١١٣هـ) وتَفَقَّهَ بالحديث والرواية، ثم لَزِم أبا حنيفة، فغَلَب عليه الرأي. ووَلِيَ القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافته ببغداد، سنة (١٨٢هـ) وهو على القضاء.

من كتبه: «الخَرَاج»، و«الأمالي في الفقه».

انظر: «السِّيَر» للذهبي (٨/ ٥٣٦-٥٣٩)، و«تاج التراجم» لابن قطلوبغا (٢/ ١٢٣-١٢٥).

والصاحب الآخَر: هو محمد بن الحسن بن فَرْقَد، أبو عبد الله الشيباني، العَلَّامة، فقيه العراق،، الكوفي، صاحب أبي حنيفة.

وُلِد بواسط سنة (١٣١هـ)، ونشأ بالكوفة، أَخَذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتَمَّم الفقه =

للمُكْرَه الخيار إذا زال الإكراه [١].

القول الثالث: ذهب زُفَر [٢] من الحنفية إلى أن بيع المُكْرَه يكون موقوفًا، وليس فاسدًا [٣].

القول الرابع: ذهب المالكية إلى أن بيع المُكْرَه صحيح لكنه غير مُلْزِم، وللمُستكرَه الحق في إبطاله، فهو بالخيار: إن شاء أمضاه، وإن شاء فسخه.

فهو صحيح من جهة توفر أركانه، من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالة على الرضا. وغير لازم من جهة أخرى؛ لفقدان شرط لزوم البيع بالإكراه وهو التكليف [٤].

= على القاضي أبي يوسف. وَلِيَ القضاء للرشيد بعد القاضي أبي يوسف. وكان مع تبحره في الفقه يُضْرَب بذكائه المَثَل. تُوفِّي سنة (١٨٩هـ).

من كتبه «المبسوط» و«الزيادات».

انظر: «السِّيَر» للذهبي (٩/ ١٣٤-١٣٦).

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعيّ (٥/ ١٨٢).

(٢) هو زُفَر بن الهُذَيْل بن قيس العنبري، من تميم، أبو الهُذَيْل، فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة.

وُلِد سنة (١١٠هـ) أصله من أصبهان، أقام بالبصرة ووَلِيَ قضاءها، وتُوفِّي بها سنة (١٥٨هـ).

جَمَع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث، فغَلَب عليه (الرأي) وهو قياس الحنفية.

وكان يقول: (نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر، وإذا جاء الأثر تركنا الرأي).

انظر: «السِّيَر» للذهبي (٨/ ٣٨)، و«تاج التراجم» لابن قطلوبغا (١/ ١٦٩).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٨٢).

(٤) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٤٨).

والفرق بين هذه الأقوال: أن مَن يقول: (إنه باطل) فإنه لا يترتب عليه أي أثر، ولا يَقبل التصحيح.

وأما مَن يقول: (إنه يقع فاسدًا) فالعقد منعقد عندهم لوجود الصورة والمحل، لكنه فاسد لعدم تحقق الرضا. وعلى هذا يمكن تصحيحه بأن يجيزه المُكْرَه ويرضى به، كما يَثبت له الخيار إذا زال الإكراه.

وأما مَن يقول: (إنه موقوف، وليس بفاسد) فإن العقد عنده صحيح، لكنه موقوف على إجازة المالك. ولم يقولوا بالفساد لأن البيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة؛ لأن الفساد لحَقّ الشرع.

وأما مَن يقول: (إن بيع المُكْرَه غير مُلْزِم) فيَعنون أن بيع المُكْرَه صحيح، لكنه غير لازم بالنسبة للمُكْرَه، فإن شاء أمضاه وإلا رَدَّه [(١)].

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [(٢)].

قال في «أحكام القرآن»: (هذا نَصٌّ على إبطال بيع المُكْرَه لفوات الرضا فيه، وتنبيه على إبطال أفعاله كلها حملًا عليه) [(٣)].

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٢٥)، و«الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٦).

(٢) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٣) «أحكام القرآن» لابن العربي (١/ ٥٢٤).

٢- ما جاء عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»(١).

وَجْه الدلالة: أن ما استكره عليه مرفوع عن الإنسان.

٣- قياس المُكْرَه على البيع على المُكْرَه على نطق كلمة الكفر، ومع ذلك لم يترتب عليه أثره، ولم يُحْكَم بكفره، فإذا سَقَط الأعظم وهو الكفر، فسقوط ما دونه أَوْلَى(٢).

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة القول الأول نفسها، إلا أنهم حملوها على الفساد لا على البطلان؛ لأن ركن البيع- وهو المبادلة- صَدَر من أهله- المالك العاقل البالغ- مضافًا إلى محله- وهو ثبوت المِلك- إلا أنه فَقَد شرط التراضي فصار فاسدًا؛ لأن الفساد ليس في الأصل بل في الوصف، والرضا شَرْط نفاذ، وبانتفائه يَنتفي المشروط وهو النفاذ، ويكون البيع فاسدًا(٣).

ويجاب عنه: بأن ظواهر النصوص دلت أن الرضا هو المُعتبَر في العقود، وهو لا يتحقق مع الإكراه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سُننه» في كتاب الطلاق، باب طلاق المُكْرَه والناسي (١/ ٦٥٩) برقم (٢٠٤٥).

وأخرجه ابن حِبان في «صحيحه» في كتاب التاريخ، باب فضل الأُمة (١٦/ ٢٠٢) برقم (٧٢١٩)، وعَلَّق عليه بقوله: إسناده صحيح على شرط البخاري.

وحَسَّنه النووي في «الأربعين النووية» حديث رقم (٣٩).

(٢) «المهذب» للشيرازي (١/ ٢٥٧).

(٣) انظر: « تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٨٢).

دليل القول الثالث: أن بيع المُكْرَه لا يَنقصه إلا رضا المُكْرَه؛ فلذلك يَتوقف على رضاه، كبيع الفُضُولي (١).

ويجاب عنه: بأن قياس بيع المُكْرَه على بيع الفُضُولي قياس مع الفارق؛ لأن رضا الشخص الذي يُتصرَف له غير معلوم، وهو محتمل مع وجود رضا النائب. وأما رضا المُكْرَه فمعلوم أنه معدوم وأنه غير راضٍ به، وإلا لم يكن إكراهًا (٢).

دليل القول الرابع: أن شرط لزوم البيع هو التكليف، وبيع المُكْرَه غير مُلْزِم لانتفاء شرط التكليف؛ لأن المُكْرَه غير مُكلَّف (٣).

ويجاب عنه: بأن صحة البيع مع عدم لزومه، مع جعل الخيار للمُكْرَه بعد زوال الإكراه- لا معنى له؛ لأن المُكْرَه إذا وَجَد مصلحة في إمضاء البيع وكان راضيًا، فبإمكانه أن يُجَدِّد العقد، وأن يُحْدِث عقد البيع من غير الإكراه.

الراجح:

يترجح لي- والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما يقتضي ضعف استدلالهم بها. كما أن في إبطال البيع حفظًا لحَقّ المُكْرَه ومراعاة لحاله.

***

(١) **بيع الفُضُولي**: هو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه.

انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٣٠٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٢١)، و«الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف» لابن قدامة (١١/ ٦٠).

(٢) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٠٦- ١١٥).

(٣) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٤١).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الإكراه بحَقّ

يَرِد هذا الاستثناء على مذهب الشافعية والحنابلة، القائلين ببطلان بيع المُكْرَه[(١)].

وصورة المسألة: كما لو أَكْرَه الحاكم شخصًا على بيع أملاكه لأجل الوفاء بدَيْن قد حل، أو الإجبار على بيع الدار لتوسعة المسجد[(٢)].

واستدلوا بما يأتي:

١- ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما ضاق المسجد الحرام على الناس، اشترى دُورًا فهَدَمها وهَدَم على قرب من المسجد، وأَبَى بعضهم أن يأخذ الثمن وتَمَنَّعَ من البيع، فوُضِعَتْ أثمانها في خِزانة الكعبة حتى أخذوها بعد ذلك.

ومِثل ذلك لما زاد في مسجد النبي ﷺ، دعا مَن كان له إلى جانبه منزل، فقال: «اختاروا مني بين ثلاث خصال: إما البيع فأُثَمِّن، وإما الهبة فأَشْكُر، وإما الصدقة على مسجد رسول الله ﷺ» فأجابه الناس[(٣)].

فلو لم يصح بيع المُكْرَه إذا كان بحق، لَمَا فَعَله رضي الله عنه.

٢- قياس الإكراه بحق في البيع على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام، بجامع قول الحق في كل[(٤)].

---

(١) لأن بقية أصحاب المذاهب يصححون بيع المُكْرَه، ولا حاجة لهذا الاستثناء عندهم.

(٢) «المجموع» للنووي (٩/ ١٥٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٧/ ٣٠٥).

(٣) انظر: «تاريخ مكة المشرفة، والمسجد الحرام، والمدينة الشريفة والقبر الشريف» لابن الضياء (١/ ١٥١)، و«وفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى» للسمهودي (٢/ ٧٢).

(٤) «كشاف القناع» للبُهُوتي (٧/ ٣٠٥).

فحُكْم الاستثناء ثابت باتفاق العلماء، وهو تصحيح بيع المُكْرَه بحق، ولم أقف على مخالف لهذه المسألة.

وقد نَقَل شيخ الإسلام ابن تيمية [(١)] اتفاقهم على ذلك [(٢)].

سبب الاستثناء:

لهذا الاستثناء سببان:

الأول: القياس، وذلك بقياسهم الإكراه بحق في البيع على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام.

الثاني: المصلحة؛ وذلك لأن إحقاق الحقوق وإلزام الناس بها من المصالح التي تقوم عليها حياة الناس. وعدم اعتبار مثل ذلك يورث بينهم النزاع والشقاق.

القاعدتان المرتبطتان بهذا الاستثناء:

- يَرتبط هذا الاستثناء بقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير).

---

(١) هو شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية، الحَرَّاني الحنبلي، بل المجتهد المُطْلَق.

وُلِد بـ(حَرَّان) يوم الإثنين عاشر ربيع الأول، سنة إحدى وستين وست مِئة، **وأَمَدّه الله بكثرة الكتب، وسرعة الحفظ، وقوة الإدراك والفَهْم، وبُطْء النسيان! حتى قال غير واحد: (إنه لم يكن يَحفظ شيئًا، فينساه).**

وكانت وفاته في سَحَر ليلة الإثنين من ذي القعدة، سنة (٧٢٨هـ).

انظر: «شذرات الذهب» (٦/ ٨٠-٨٦)، و«معجم المُحَدِّثين» (١/ ٢٥-٢٨).

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» (٨/ ٥٠٤).

وبيان ذلك: أن الأصل حرمة أموال الناس، لكننا تجاوزنا هذا الأصل لأجل الضرورة، وهي حفظ حقوق الناس وقَطْع التنازع فيما بينهم؛ لذلك جاز الإكراه في البيع هنا [١].

- كما يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (يُتحمَّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وبيان ذلك: أن في إكراه صاحب الدار على البيع لأجل توسعة المسجد- كما مَثَّلْنا به سابقًا- ضررًا عليه، لكنه يُتحمَّل دفعًا لضرر أعم عن المسلمين، وهو التزاحم بضيق المسجد [٢].

---

(١) انظر: «المنثور» للزركشي (٢/ ٣١٧)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص١٣١)، و«المُوافَقات» للشاطبي (٢/ ٣٢٥).

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (٨٧).

المطلب الثاني

استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبي المُميِّز والسفيه بدون إذن وليهما

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصبي المُميِّز والسفيه، وبيان حُكْم بيعهما بدون إذن وليهما

الصبي المُميِّز: هو الذي يَفهم الخطاب، ويَرُدّ الجواب، ويَعلم أن البيع سالب للمِلْك، والشراء جالب له، وأن يكون من مقاصد تجارته الربح، ويَعرف الغَبْن اليسير من الفاحش (١).

والسفيه: هو الذي لا يُحْسِن التصرف في ماله (٢).

أما حُكْم بيعهما بدون إذن وليهما: فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم لزوم بيع الصبي المُميِّز والسفيه، إذا كان بدون إذن وليهما (٣).

---

(١) **اختلف العلماء في ضابط التمييز**: فمنهم مَن حده بالسن، فقال: مَن بَلَغ سن السابعة. ومنهم مَن لم يحده بالسن. وضَبْطه بما ذَكَرْتُه في المتن.

انظر: «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (١/ ٥١٧)، و«تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي عليه» (٥/ ٢١٩)، و«تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي (١/ ١٣٤).

(٢) انظر: «مجلة الأحكام العدلية» (١/ ١٨٥)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ١٦٨)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٤٦٩-٤٧٥).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي عليه» (٥/ ٢١٩)، و«الفواكه الدواني» =

ومستندهم في ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ... ﴾(١).

وَجْه الدلالة: أن الله أَمَرَنا بأن ندفع لليتامى أموالهم إذا تحقق فيهم أمران: البلوغ، والرشد. وهذا يدل على أنه لا بد من مجموع الأمرين، فإذا لم يجتمعا لم يَجُز دفع الأموال إليهما، وهذا يعني الحَجْر، ولَازِم الحَجْر عدم لزوم التعاملات المالية (٢).

ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾(٣).

٢- ما جاء عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله ﷺ: «رُفِع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المُبتلَى حتى يَبرأ، وعن الصبي حتى يَكْبَر»(٤).

= للنفراوي (٢/ ٧٣)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٥)، و«المجموع» للنووي (٩/ ١٥٨)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٥١).

وقد نَقَل ابن حزم اتفاق العلماء على بطلان بيع الصبي المُميِّز، فقال: (واتفقوا أن بيع مَن لم يَبلغ لِما لم يُؤْمَر به ولا اضْطُرّ إلى بيعه لقُوته- باطل، وأن ابتياعه كبيعه في كل ذلك) «مراتب الإجماع» (ص١٥١).

لكن الاتفاق لا يصح بإطلاق، كما سيَتبين في الفرع الثاني من هذا المطلب، في الكلام على المُستثنَى.

(١) سورة النساء: الآية (٦).

(٢) تفسير الرازي (٩/ ٤٩٤).

(٣) سورة النساء: الآية (٥).

(٤) أخرجه أبو داود في «سُننه» في كتاب الحدود، باب في المجنون يَسرق أو يصيب حدًّا (٤/ ١٣٩)، برقم (٤٣٩٨). =

وَجْه الدلالة: أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صَرَّح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء.

وقيل: وَجْه الدلالة منه: أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله (١).

١- أن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه، وتزايده تزايدًا خَفِيّ التدريج. فجَعَل الشارع له ضابطًا وهو البلوغ، فلا تَثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المَظِنة (٢).

٢- أن في عدم لزوم تعاملات الصبي المُميِّز والسفيه المالية بدون إذن وليهما- حماية لحقيهما وحفظًا لماليهما.

الراجح:

إذا كان العلماء المحققون قد ذَكَروا أن الحق لا يَخرج عن المذاهب الأربعة في الشريعة عامة (٣)، فكيف بنا إذا كان قولهم واحدًا؟! (٤) فلا يسع الباحث هنا إلا ما وَسِعهم!! كما لم يَظهر للباحث في أثناء البحث قول يخالف هذا القول؛ لذا فإن عليه العمدة في المسألة.

***

= وأخرجه ابن ماجه في «سُننه» في كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (١/ ٦٥٨) برقم (٢٠٤١).

وقد صححه العَلَّامة الألباني في تعليقه على «السُّنن».

(١) «المجموع» للنووي (٩/ ١٥٦).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٩).

(٣) «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠/ ١٠).

(٤) واتفاقهم هنا يُحمَل على الشيء الكثير دون اليسير، كما سيأتي.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشيء اليسير

ذهب المالكية والحنابلة إلى استثناء الشيء اليسير- من عدم لزوم بيع الصغير المُميِّز والسفيه بدون إذن وليهما، فأجازوا بيعهما في الأشياء اليسيرة بدون إذن الولي(١).

واستدلوا بما يأتي:

١- أن أبا الدرداء رضي الله عنه (٢) اشترى من صبي عصفورًا، وأَطْلَقه (٣).

٢- فدل هذا على لزوم بيع الصبي، والسفيه كالصبي في البيع.

٣- أن الحكمة في عدم لزوم بيعهما هي خوف ضياع ماليهما بتصرفهما، وهذا مفقود في الشيء اليسير (٤).

٤- أنه على فرض حصول غرر في بيع الشيء اليسير، فإنه قطعًا سيكون يسيرًا، والغرر اليسير لا تنفك منه غالب البيوع، وهو مغتفر.

---

(١) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٤٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٩).

(٢) هو عويمر بن عامر بن قيس بن أمية، الخزرجي الأنصاري، أَسْلَم يوم بدر وشَهِد أُحُدًا.
قال فيه النبي ﷺ يوم أُحُد: «نِعْم الفارس عويمر» وقال: «هو حَكيم أمتي».
مات عام (٣٢هـ) وقيل: (٣٣هـ).
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٣/ ١٢٢٧)، و«السِّيَر» للذهبي (٢/ ٣٣٥).

(٣) ذَكَره ابن أبي موسى في «الإرشاد» (ص١٩٢)، ونَقَله عنه ابن قدامة في «المغني» (٤/ ١٨٦).

(٤) «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٥١).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة أدلتهم وموافقتها القواعد العامة في البيوع.

سبب هذا الاستثناء هو المصلحة، أي: أن في لزوم بيع الصبي المُميِّز والسفيه في الشيء اليسير- تيسيرًا عليهما في قضاء حوائجهما اليسيرة، والتي لا يترتب عليها ضرر يُذْكَر حال الخطأ فيها. كما أن في ذلك تعويدًا لهما على البيع؛ ليَسهل استبيان رشدهما لدَفْع أموالهما إليهما.

القاعدة المرتبطة بهذا الاستثناء:

يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) [(١)].

بيان ذلك: لَمَّا كان في إلزام ولي الصبي المُميِّز والسفيه بالقيام بكل تصرفاتهما المالية- مشقة عليه، ولا سيما اليسيرة منها. وتَوَقُّفها على الإذن تعطيل للصبي المُميِّز والسفيه ومشقة عليهما، جاء التيسير باستثناء الشيء اليسير ولزوم بيعهما فيه؛ لأن الحكمة من منع لزومه إنما هي حفظ ماليهما، وهذا مفقود في الشيء اليسير كما أسلفتُ في الأدلة.

---

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٧٦).

المطلب الثالث

استثناء بيع دُود القَزّ مع قَزّه
من عدم جواز بيع دُود القَزّ

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف دُود القَزّ، وبيان حُكْم بيعه

القَزّ: نوع من أفخر أنواع الحرير، وله دُودة يَظهر منها- بإذن الله- هذا القَزّ، وهي تَطوي على نفسها هذا القَزّ، حتى إذا غَمَّها ماتت ويبست، فأُخِذَ هذا القَزّ [١].

أما حُكْم بيع دُود القَز، فقد اختَلَف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: ذهب محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة [٢] والمالكية [٣] والشافعية

(١) انظر: «المُطْلِع على ألفاظ المُقْنِع» (١/ ٢٧٢)، و«المصباح المنير» للفيومي (١/ ٤٧) مادة (بزر)، و«حياة الحيوان» للدميري (١/ ٤٧٥).

(٢) سبقت ترجمته.

انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٨).

وما ذهب إليه محمد بن الحسن هو المُفتَى به عند الحنفية.

(٣) **لم أجد لهم نصًّا صريحًا في دود القَزّ، لكن بالنظر إلى شروط البيع لديهم نجد أنها تُعضِّد القول بالجواز**؛ لأنهم يَشترطون في المبيع الطهارة والانتفاع الشرعي مهما كان قليلًا. ويُمَثِّلون لذلك بالتراب. ومسألتنا بلا شك هي أَوْلَى من ذلك بكثير.

كما أنني لم أجد ما يَمنع من الجواز عن طريقِ تَتَبُّع شروط البيع لديهم.

وعلى ذلك: يكون هذا القول مُخرَّجًا على قواعد المذهب. =

(1) والحنابلة (2) إلى جواز بيع دُود القَزّ.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع دُود القَزّ (3).

أدلة القول الأول:

1- أنه حيوان طاهر يَجوز اقتناؤه، لتَمَلُّك ما يَخرج منه أَشْبَهَ البهائم.

2- ولأنه طاهر مُنتفَع به، فجاز بيعه كالثوب (4).

دليل القول الثاني: أن الدود من الهوام، ولا يُنتفَع به، فأَشْبَه الخنافس والوَزَغَات(5).

ويجاب عنه: بأن قولهم: (لا يُنتفَع به) يَبطل بالبهائم التي لا يَحصل منها نفع سوى النتاج، وهو يفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلًا؛ إذ إن نفعه كثير؛ لأن الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يَحصل منه(6).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المُخالِفين. كما أن القول بالجواز مُوافِق للأصل الذي بُنِيَتْ عليه المعاملات، وهو الحِل والإباحة.

= انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (4/ 265)، و«حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (2/ 138)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (3/ 10).

(1) انظر «المجموع» للنووي (9/ 253).

(2) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (11/ 25).

(3) انظر: «حاشية ابن عابدين» (5/ 69).

(4) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (11/ 25).

(5) المرجع السابق.

(6) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (11/ 25)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (3/ 152).

سبب الخلاف:

يَظهر- والله أعلم- أن سبب الخلاف في بيع دُود القَزّ هو خلافهم في الانتفاع به، فمَن يرى إمكانية الانتفاع به أجاز بيعه، ومَن لا فلا.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع دُود القَزّ مع قَزّه

يَرِد هذا الاستثناء على قول أبي حنيفة، الذي مَنَع من بيع دُود القَزّ، واستَثنى حالة واحدة يَجوز فيها بيعه، وهي ما إذا كان دُود القَزّ مع قَزّه فيَجوز بيعه.

ودليله على ذلك: أن دُود القَزّ لا يُنتفَع بعينه، وإنما جاز بيعه مع القَزّ تبعًا له، ويُغتفَر في التوابع ما لا يُغتفَر في غيرها [(١)].

الراجح:

سبق أن رجحنا جواز بيع دُود القَزّ مطلقًا، ولا حاجة لهذا الاستثناء.

ويجاب عن دليلهم هنا بما استَدل به أصحاب القول الأول.

سبب هذا الاستثناء:

يمكن أن نَستنبط سبب هذا الاستثناء عندهم وإن لم ينصوا عليه، والذي ظهر لي بالتتبع أن السبب هو القياس.

وبيان ذلك: أنهم قاسوا بيع الدُّود مع قَزّه على بيع الحَمْل مع أمه، بجامع الاتصال في الخلقة، فكما لا يَجوز بيع الحَمْل إلا تَبَعًا لأمه، فكذلك لا يَجوز بيع دُود القَزّ إلا تَبَعًا لقَزّه [(٢)].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ١٠٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٩).

(٢) انظر: «غَمْز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» للحسيني (١/ ٣٦١)، و(شرح القواعد الفقهية» للزَّرْقَا (ص٢٥٧).

القاعدة المرتبطة بهذا الاستثناء:

القاعدة المرتبطة هنا هي القاعدة الكلية: (يُغتفَر في التوابع ما لا يُغتفَر في غيرها) فيَجوز بيع دُود القَزّ تَبَعًا لقَزّه، ولا يَجوز بيعه استقلالًا [١].

---

(١) انظر: «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» للحسيني (١/ ٣٦١).

المطلب الرابع

استثناء بيع النَّحل في كُوَّارته[(١)] مع العسل من عدم جواز بيع النَّحل

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع النَّحْل:

اختَلَف الفقهاء في حُكْم بيع النَّحْل على قولين:

القول الأول: ذهب محمد بن الحسن [(٢)] من الحنفية، ومعه المالكية والشافعية والحنابلة- إلى جواز بيع النَّحْل [(٣)].

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع النَّحْل [(٤)].

---

(١) **والكُوَّارَات- بضم الكاف وتشديد الواو-**: جمع كُوَّارة، وهي ما عَسَّلَ فيه النَّحْلُ، وهي الخلية أيضًا. **وقيل**: الكُوَّارة من الطين، والخلية من الخشب.
انظر: «المطلع على ألفاظ المقنع» للبعلي (١/ ٢٧٢)، و«لسان العرب» لابن منظور (٥/ ١٥٧)، و«المصباح المنير» للفيومي (١/ ١٨١).

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٤)، و«البيان والتحصيل» لابن رشد (٨/ ١٩)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٨٩)، و«الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٣٢٧)، و«فتح العزيز» للرافعي (٨/ ١١٨)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٤٠)، و«أسنى المطالب في شرح روضة الطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ١٠)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٩٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٥٢).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٤)، و«تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ٤٩).

دليل القول الأول: أنه حيوان طاهر، يَخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس، فجاز بيعه كالبهيمة [(١)].

دليل القول الثاني: أن النَّحل ليس بمُنتفَع به، فلم يكن مالًا بنفسه بما يَحدث منه [(٢)].

ويجاب عنه: لا نُسلِّم بأن النَّحل ليس بمُنتفَع به، وهو يَبطل بما يَخرج من بطنه وفيه منافع للناس، قال تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنۢ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَٰنُهُۥ فِيهِ شِفَآءٌ لِّلنَّاسِ ۗ﴾[(٣)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- جواز بيع النَّحل، وهو الذي تُعضِّده الأدلة وأصول الشريعة.

سبب الخلاف:

يَظهر- والله أعلم- أن سبب الخلاف في بيع النَّحْل هو خلافهم في الانتفاع به، فمَن رأى إمكانية الانتفاع به أجاز بيعه، ومَن لا فلا.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع النَّحْل في كُوَّارته مع العسل

يَرِد هذا الاستثناء على قول أبي حنيفة، فهو لَمَّا مَنَع من بيع النَّحْل استثنى حالة واحدة يَجوز فيها بيع النَّحْل، وهي ما إذا كان في كُوَّارته مع العسل، فيجوز بيع النَّحْل تَبَعًا للعسل [(٤)].

---

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٣٢٢)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (١١/ ٢٦).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٤).

(٣) سورة النحل: الآية (٦٩).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٤)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٢٥).

ودليلهم على ذلك: أن النَّحْل لا يُنتفع به، وإنما جاز بيعه مع العسل بكُوَّارته تبعًا له؛ لأن التوابع يُغتفَر فيها ما لا يُغتفَر في غيرها (١).

الراجح:

سَبَق أن رجحنا جوار بيع النَّحْل، ولا حاجة لهذا الاستثناء، ويجاب عن دليلهم هنا بما استَدل به أصحاب القول الأول.

سبب هذا الاستثناء:

يمكن أن نستنبط سبب هذا الاستثناء عندهم وإن لم يَنُصوا عليه، والذي ظهر لي بالتتبع أن السبب هو القياس.

وبيان ذلك: أنهم قاسوا بيع النَّحْل مع العسل في كُوَّارته على بيع الحَمْل مع أمه، بجامع الاتصال في الخلقة، فكما لا يَجوز بيع الحَمْل إلا تبعًا لأمه، فكذلك لا يَجوز بيع النَّحْل إلا تبعًا للعسل في كُوَّارته (٢).

القاعدة المرتبطة بهذا الاستثناء:

القاعدة المرتبطة هنا هي القاعدة الكلية: (يُغتفَر في التوابع ما لا يُغتفَر في غيرها) فيَجوز بيع النَّحْل تبعًا للعسل في كُوَّارته، ولا يَجوز بيعه استقلالًا (٣).

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ١٠٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٩).

(٢) ولذلك نجدهم ذَكَروا اللؤلؤ في الصدف قياسًا على الحَمْل مع أمه. والنَّحْل في كُوَّارته قريب من ذلك جدًّا.

انظر: «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» للحسيني (١/ ٣٦١)، و«شرح القواعد الفقهية» للزَّرْقَا (ص٢٥٧).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» للحسيني (١/ ٣٦١).

المطلب الخامس

استثناء بيع كلب الصيد والحرث والماشية من النهي عن بيع الكلب

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الكلب

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء على تحريم بيع الكلب لغير الصيد والحرث والماشية؛ لأن اقتناءه في هذه الحالة مُحَرَّم فيَحرم بيعه.

أما إن كان المقصود من اقتنائه أحد الأغراض الثلاثة السابقة، فقد اختَلَف الفقهاء في حكم بيعه على قولين:

القول الأول: وهو قول جماهير العلماء، والمشهور عند المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة-: عدم جواز بيع الكلب [١].

القول الثاني: ذهب الحنفية وبعض المالكية إلى جواز بيع الكلب [٢].

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (٨/ ٨٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد الحفيد (٣/ ١٤٦)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٦٧)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٨)، و«حاشيتي قليوبي وعميرة» (٢/ ١٩٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٩٧)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٨٩).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٢٥)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ١٠٧)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٦٧).

أدلة القول الأول:

١- مجموع الأحاديث التي جاء فيها النهي عن ثمن الكلب.

كحديث أبي مسعود الأنصاري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومَهْر البَغِيّ، وحُلْوان الكاهن»(١).

ومِثله عن رافع بن خَديج (٢)، وعن جابر بن عبد الله (٣)، وأبي هريرة وابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُم (٤).

وَجْه الدلالة: أن النهي عن ثمن الكلب يدل على تحريم بيعه، وأنه لا يصح بيعه، ولا يحل ثمنه (٥).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ثمن الكلب (٣/ ٨٤) برقم (٢٢٣٧).

ومسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحُلْوان الكاهن ومَهْر البَغِيّ، والنهي عن بيع السِّنَّوْر (٣/ ١١٩٨) برقم (١٥٦٧).

(٢) هو رافع بن خَديج بن رافع بن عَديّ بن زيد، الخزرجي.

رده رسول الله ﷺ يوم بدر لأنه استصغره، وأجازه يوم أُحُد، فشَهِد أُحُدًا والخندق وأكثر المَشاهد.

وأصابه يوم أُحُد سهم، فقال له رسول الله ﷺ: «أَشْهَدُ لك يوم القيامة» وانتقضت جراحته في زمن عبد الملك بن مَرْوان، فمات قبل ابن عمر بيسير، سنة أربع وسبعين. وكان صحراويًّا، عالمًا بالمزارعة والمساقاة.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٤٧٩)، و«السِّيَر» للذهبي (٣/ ١٨١).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحُلْوان الكاهن ومَهْر البَغِيّ، والنهي عن بيع السِّنَّوْر (٣/ ١١٩٩) برقم (١٥٦٩).

(٤) أخرجهما أبو داود في كتاب البيوع، باب في أثمان الكلب (٣/ ٢٧٩) برقم (٣٤٨٢)، (٣٤٨٤).

(٥) «شرح النووي على مسلم» (١٠/ ٢٣٢).

٢- ولأنه نجس العين، فلا يَجوز بيعه كالخنزير [١].

أدلة القول الثاني:

١- أنه مال، بدليل إباحة الانتفاع به شرعًا، فكان محلًّا للبيع [٢].

٢- أنه إذا جاز الانتفاع به، جاز بيعه كالحمار الأهلي [٣].

٣- أنه إذا جاز اقتناؤه جاز بيعه؛ لأن الاقتناء لا يكون إلا عن طريقه.

يجاب عنها من وجهين:

الأول: أن ما ذكروه من اجتهاد وقياس لا يَقْوَى على معارضة النص الصحيح الصريح، فإذا وُجِد النص تَبَخَّر الرأي، ولا اجتهاد مع النص [٤].

الثاني: أن الترخيص في الانتفاع لا يُصحِّح البيع، كتناول المَيْتة ونظائرها. ويدل عليه أن وَدَكَ [٥] الميتة يَصلح لطلاء السفن والاستصباح [٦]، فلا يصح بيعه [٧].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٨٩).

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٣).

(٣) «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٦٧).

(٤) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٥٠).

(٥) هو دَسَم اللَّحْم ودُهْنه الذي يُستخرَج منه. انظر «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (٥/ ١٦٩).

(٦) أي: يُشْعِلُون بها سُرُجهم. انظر «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (٣/ ٧).

(٧) «تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة» لابن الدَّهَّان (٢/ ٣١٨).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء كلب الصيد

يَرِد هذا الاستثناء على القول الأول؛ إذ ذهب جابر بن عبد الله وعطاء [(١)] والنَّخعي [(٢)] إلى استثناء كلب الصيد دون غيره، فرخصوا في بيعه.

واستدلوا بما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ، وَالْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ» [(٣)].

وَجْه الدلالة: أن الحديث صريح في استثناء كلب الصيد من النهي.

ويجاب عنه من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف باتفاق أئمة الحديث.

---

(١) هو عطاء بن أبي رباح- واسم أبي رباح: أَسْلَم- القرشي، شيخ الإسلام، مفتي الحَرَم.
وُلِد في أثناء خلافة عثمان، حَدَّث عن جَمْع من الصحابة، وكان من أوعية العلم، وكان عالمًا بالحج، قد حَجَّ زيادة على سبعين حَجَّة، مات سنة أربع عَشْرة ومئة.
انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكَان (٣/ ٢٦١)، و«السِّيَر» للذهبي (٥/ ٧٨).

(٢) هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود، الفقيه، الكوفي النَّخَعي، أحد الأئمة المشاهير، تابعي، رأى عائشة رضي الله عنها ودخل عليها، ولم يَثبت له منها سماع.
ونِسبته إلى النَّخَع- بفتح النون والخاء المعجمة، وبعدها عين مهملة- وهي قبيلة كبيرة من مَذْحِج باليمن. تُوفي سنة ست- وقيل: خمس- وتسعين للهجرة، وله تسع وأربعون سنة.
انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكَان (١/ ٢٥)، و«السِّيَر» للذهبي (٤/ ٥٢٠).

(٣) أخرجه الترمذي في «السُّنن» في أبواب البيوع، باب (٣/ ٥٧٠) برقم (١٢٨١)، والنَّسَائي في «السُّنن» في كتاب البيوع، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد (٧/ ٣٠٩) برقم (٤٦٦٨)، والبيهقي في «السُّنن الكبرى» في كتاب البيوع، باب النهي عن ثمن الكلب (٦/ ١٠) برقم (١١٠١٢).
وسيأتي كلام العلماء فيه.

قال عنه الترمذي[(١)]: لا يصح إسناده[(٢)].

وقال عنه النَّسَائي[(٣)] : هذا منكر[(٤)].

وقال البيهقي[(٥)]: (والأحاديث الصحاح عن النبي ﷺ في النهي عن ثمن

---

(١) هو الإمام الحافظ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرَة، السُّلَمِي الترمذي، الضرير، مُصَنِّف «الجامع» وكتاب «العلل»، وُلِد سنة (٢٠٩هـ).

تتلمذ للبخاري، وشاركه في بعض شيوخه، قال ابن حبان في كتاب «الثقات»: كان أبو عيسى ممن جَمَع وصَنَّف، وحَفِظ وذَاكَر.

ومات في ثالث عشر رجب، سنة تسع وسبعين ومئتين بـ(ترمذ).

انظر: «تذكرة الحفاظ» للذهبي (٢/ ١٥٤).

(٢) «سُنن الترمذي» (٣/ ٥٧٠).

(٣) هو أحمد بن عليّ بن شُعَيْب، أبو عبد الرحمن النَّسَائي، صاحب «السُّنن»، القاضي الحافظ.

وُلِد سنة (٢١٥هـ)، أصله من نَسَا (بخُرَاسان) وجال في البلاد واستوطن مصر، فحَسَده مشايخها، فخَرَج إلى الرملة بفِلَسطين، فسُئِل عن فضائل معاوية، فأمسك عنه، فضربوه في الجامع، وأُخْرِجَ عليلًا، فمات ودُفِن ببيت المقدس. وقيل: خرج حاجًّا فمات بمكة سنة (٣٠٣هـ).

من كتبه: «السُّنن الكبرى»، و«الصغرى»، و«المُجتبَى».

انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكَان (١/ ٧٧).

(٤) «سُنن النَّسَائي» (٧/ ٣٠٩).

(٥) هو أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر الفقيه الشافعي، الحافظ الكبير المشهور.

وُلِد سنة (٣٨٤هـ) في (خُسْرَوْجِرد) من قرى (بَيْهَق) بـ(نَيسابور)، ونشأ في (بَيْهَق) ورحل إلى بغداد، ثم إلى الكوفة ومكة وغيرهما، وطُلِبَ إلى نَيسابور، فلم يَزَل فيها إلى أن مات سنة (٤٥٨هـ). اشتهر بكثرة تصانيفه في نُصْرة المذهب الشافعي. من تصانيفه: «السُّنن الكبرى»، و«الصغرى». انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكَان (١/ ٧٥).

الكلب- خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في الأحاديث الصحاح في النهي عن الاقتناء، ولعله شُبِّه على مَن ذَكَر في حديث النهي عن ثمنه- من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين، والله أعلم) (١).

الثاني: يحتمل أنه أراد: ولا كلب صيد. وقد جاءت اللغة بمِثل ذلك.

قال الشاعر:

وكل أخ مُفارِقه أخوه لَعَمْر أبيك إلا الفَرْقدانِ (٢)

أي: والفرقدان (٣).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ وذلك لقوة أدلة المانعين، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

سبب الاستثناء:

النص. وبيانه: أن القائلين بالاستثناء تَمَسَّكُوا بحديث جابر بن عبد الله، الذي ينص على استثناء كلب الصيد، ولكن الحديث لا يصح إسناده كما أسلفتُ.

---

(١) «السُّنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ١٠).

(٢) هذا بيت من قصيدة لحضرمي بن عامر بن مُجَمَّع.

ومراده: أن كل اثنين يُحِب أحدهما الآخَر سيُقطَع عنه، وإن كان ضنينًا به، شديد التمسك بإخائه.

وما بعد (إلا) مُطابِق لما قبلها؛ لأن المعنى: كل أخوين غير هذين الكوكبين متفارقان. وليس (إلا) استثنائية، وإلا لقال: (إلا الفرقدين) بالنصب.

انظر: «فرحة الأديب» للأسود الغَنْدَجَانِي (١/ ٤٨).

(٣) انظر «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٩٠).

المطلب السادس

استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العَالِم بنجاستها من النهي عن بيعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الأدهان النجسة (١)

اختَلَف الفقهاء في حُكْم بيع الأدهان النجسة- على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة- إلى عدم جواز بيع الأدهان النجسة (٢).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز بيع الأدهان النجسة (٣).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أنه سَمِع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حَرَّم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام».

فقيل: يا رسول الله، أرأيتَ شحوم الميتة، فإنها يُطْلَى بها السفن، ويُدهن بها الجلود، ويَستصبح بها الناس؟

---

(١) كالأدهان التي تَكُون من شحوم الميتة.

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٤٥)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٥٨)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٤٩).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٤/ ١٥).

فقال: «لا، هو حرام».

ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتَل الله اليهود! إن الله لَمَّا حَرَّم شحومها جَمَلوه، ثم باعوه، فأَكَلوا ثمنه»[١].

وسياق الحديث إنما هو في البيع؛ وعليه: فإن قوله ﷺ: «هو حرام» محمول على البيع.

٢- ولأن أكله حرام ولا مُخالِف في ذلك[٢]، فلم يَجز بيعه، كما في الحديث: «إن الله إذا حَرَّم على قوم أكل شيء، حَرَّم عليهم ثمنه»[٣].

دليل القول الثاني: أنه مباحُ الانتفاع به شرعًا على الإطلاق، فكان مالًا ومحلًّا للبيع[٤].

ويجاب عنه من وجهين:

الأول: لا نُسَلِّم أن الترخيص في الانتفاع يصحح البيع، بدليل جواز تناول الميتة حال الاضطرار دون بيعها[٥].

الثاني: سَلَّمْنا جدلًا بما استدلوا به، ولكنه مُعارَض بالحديث الصحيح الذي

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام (٣/ ٨٤) برقم (٢٢٣٦)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (٣/ ١٢٠٧) برقم (١٥٨١).

(٢) «الشرح الكبير» لابن قدامة (١١/ ٤٩).

(٣) أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس في كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة (٣/ ٢٨٠) برقم (٣٤٨٨) وصححه الألباني.

(٤) «المبسوط» للسرخسي (٢٤/ ١٥).

(٥) انظر: «تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة» لابن الدَّهَّان (٢/ ٣١٨).

استَدل به أصحاب القول الأول، ولا اجتهاد مع النص [١].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيعها للكافر العالم بنجاستها

يَرِد هذا الاستثناء على القول بعدم جوار بيع الأدهان النجسة، وهي رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فأجاز بيع الأدهان النجسة على الكافر العَالِم بنجاستها.

ودليله ما يأتي:

١- ما رُوِي عن أبي موسى رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: «لُتُّوا به السَّويق وبيعوه، ولا تبيعوه من مسلم وبيِّنوه» [٢] ومفهومه جواز البيع على غير المسلم.

٢- لأن الكافر يَعتقد حِلها ويستبيح أكلها، فجاز بيعها عليه.

يجاب عنهما من وجهين:

الأول: بما سبق من النصوص التي استَدل بها المانعون، ومنها: «إن الله إذا حَرَّم على قوم أكل شيء، حَرَّم عليهم ثمنه» [٣] وهي عامة، وحَصْرها في المسلم تَكلُّف لا دليل عليه.

الثاني: قياسًا على الخمر والخنزير، فلا يَجوز بيعهما من مسلم لكافر، مع أن الكفار

---

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٥٠).

(٢) لم أذقف عليه، ذَكَره ابن قدامة في «الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٥٠).

(٣) سبق تخريجه.

يعتقدون حِلها [١].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة المانعين، ومناقشتهم أدلة القائلين بالاستثناء.

سبب هذا الاستثناء:

يَظهر أن سبب هذا الاستثناء هو النص الوارد عن أبي موسى رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، الذي دل بمفهومه على إجازة البيع على غير المسلم.

(١) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٥٠)، و«المبدع» لابن مفلح (٤/ ١٥).

المطلب السابع

استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة من النهي عن بيع اللبن في الضرع

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع اللبن في الضرع

تحرير محل النزاع:

أَجْمَع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولًا؛ لأنه تابع للحيوان، هذا إذا لم يُنص على اللبن [(١)].

أما إذا نُصَّ على اللبن أو على بيع اللبن منفردًا عن الحيوان، فهو محل الخلاف بين العلماء، وخلافهم على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- إلى عدم جواز بيع اللبن في الضرع منفردًا [(٢)].

القول الثاني: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، ووافقه تلميذه ابن القيم- إلى جواز بيع اللبن في الضرع منفردًا. وقَيَّداه بما إذا باعه لبنًا مطلقًا موصوفًا في الذمة، مع تعيين الشاة أو البقرة [(٣)].

---

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٣٢٦).

(٢) انظر: «الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٢/ ٤٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٧٦)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٤/ ٢١)، و«الحاوي» للماوردي (٥/ ١٢٣)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٢٦)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٧).

(٣) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣٠/ ١٩٨)، و«زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ٧٣٥).

أدلة القول الأول:

١- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع صوف على ظَهْر، أو لبن في ضَرْع [١].

ونوقش: بأن المحفوظ هو الموقوف، والمرفوع ضعيف، كما قال البيهقي [٢] فقد تفرد به عمر بن فَرُّوخ [٣] وليس بالقوي.

ويجاب عنه: بأن ابن مَعين [٤] وأبا حاتم [٥] ....

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في كتاب البيوع والأقضية، باب بيع اللبن في الضروع (٤/ ٤٣٩) برقم (٢١٩١١).

وأخرجه الدارقطني في «السُّنن» في كتاب البيوع (٣/ ٤٠٠) برقم (٢٨٣٥).

وأخرجه البيهقي في «الكبرى» في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظَهْر الغنم، واللبن في ضروع الغنم، والسَّمْن في اللبن (٥/ ٥٥٥) برقم (١٠٨٥٧).

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) **هو عمر بن فَرُّوخ البصري**. روى عن عكرمة وحبيب بن الزبير، وعن وكيع... وغيرهم. وروى عنه ابن المبارك. صدوق، ربما وَهِم، من السابعة.

انظر: «ميزان الاعتدال» للذهبي (٣/ ٢١٧)، و«تهذيب التهذيب» لابن حجر (٧/ ٤٨٨)، و«لسان الميزان» له أيضًا (٧/ ٣٢٠).

(٤) هو أبو زكريا يحيى بن مَعين بن عون المُرّي البغدادي، الحافظ المشهور.

وُلِدَ سنة (١٥٨هـ)، وكان إمامًا عالمًا حافظًا متقنًا.

قال أحمد بن حنبل: كل حديث لا يَعرفه يحيى بن مَعين، فليس هو بحديث.

تُوفي سنة (٢٣٣هـ) بالمدينة وهو حاج، وصلى عليه أميرها.

من كتبه: «التاريخ والعلل» و«معرفة الرجال».

انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكان (٦/ ١٣٩)، و(السِّيَر» للذهبي (١١/ ٧١).

(٥) هو محمد بن إدريس، أبو حاتم الحنظلي الرازي. =

وابن حِبان [١] وأبا داود [٢] قد رَضُوه ووَثَّقوه [٣].

٢- ولأن بيع ما في الضروع فيه جهل في الصفة والمقدار؛ لأنه إذا خلف مثله مما لم يكن في الضرع فإنه يختلط بغيره على وجه لا يتميز، وعليه فيكون تسليم المعقود عليه متعذرًا [٤].

= وُلِد سَنَة (١٩٥هـ)، وكان أحد الأئمة الحفاظ، وكان من بحور العلم.

طَوَّفَ البلاد، وبَرَع في المتن والإسناد، وجَمَع وصَنَّف، وجَرَح وَعَّدل، وصَحَّح وعَلَّل. ومات فِي شعبان سنة (٢٧٧هـ).

انظر: «تذكرة الحفاظ» للذهبي (٢/ ١١٢)، و«السِّيَر» له أيضًا (١٣/ ٢٤٧)، و«المَقصِد الأرشد» لابن مفلح (٢/ ٣٧٠).

(١) هو محمد بن حِبَّان التميمي، أبو حاتم البُسْتي، ويقال له: (ابن حِبّان).

مؤرخ، عَلَّامة، جغرافيّ، مُحَدِّث. وُلِد سنة بضع وسبعين ومئتين، في بُسْت (من بلاد سجستان)، تولى قضاء سمرقند مدة، ثم عاد إلى نَيسابور، ومنها إلى بلده، حيث تُوفي في شَوّال سنة (٣٥٤هـ).

وهو أحد المكثرين من التصنيف، من أشهر كتبه: «المسند الصحيح» و«الثقات».

انظر: «السِّيَر» للذهبي (١٦/ ٧٤٨)، و«شذرات الذهب» للعَكَرِي (١/ ٣٤).

(٢) هو سيد الحفاظ، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، الأزدي السجستاني، صاحب «السُّنن».

وُلِد سنة (٢٠٢هـ)، كان إمام أهل الحديث في عصره بلا مُدافَعة، من أشهر كتبه «السُّنن» قال فيه: كَتَبْتُ عن النبي ﷺ خَمس مِئة ألف حديث، انتخبتُ منها هذا السُّنن، فيه أربعة آلاف وثماني مئة حديث. مات سنة (٢٧٥هـ) بالبصرة.

انظر: «تذكرة الحفاظ» للذهبي (٢/ ١٢٧)، و«السِّيَر» له أيضًا (١٣/ ٢٠٣).

(٣) انظر: «الثقات» لابن حِبان (٧/ ١٨٦)، و«نَصْب الراية» للزيلعي (٤/ ١١)، و«التلخيص الحبير» لابن حجر(٣/ ١٣).

(٤) انظر: «الحاوي» للماوردي (٥/ ١٢٣)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٢٦)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٧)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ١٧٦).

٣- أنه يَدخل في بيع الغَرَر المنهي عنه؛ لأن انتفاخ الضرع قد يكون لبنًا، وقد يكون لسِمَن، ويحتمل أن يكون لبنًا صافيًا أو كدرًا.

دليل القول الثاني: القياس على استئجار الظِّئْر لإرضاع الولد، بجامع العلم باللبن وقَدْره وصفته في العادة (١).

وأجيب عنه: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن إجازة استئجار الظِّئْر إنما هو لحاجة الرضيع، فلا يقاس عليه (٢).

الراجح:

الراجح- والله أعلم- هو القول الأول؛ لقوة أدلة أصحابه. ولأن الشريعة كفلت حق المُتعاقدَين ومَنعت الضرر عليهما، وحقيقة الغَرَر واقعة في بيع اللبن في الضرع.

كما أن الأمر غير مُلجِئ إليه، والمَخرج- بحمد الله- يسير، وهو أن ينتظر المشتري حتى يُحْلَب فيشتريه، وهو أَفْضَل وأَسْلَم.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة

يَرِد هذا الاستثناء على قول المانعين، فأجاز المالكية حالة واحدة يَجوز فيها بيع اللبن في الضرع، وهي ما إذا كانت الغنم الكثيرة (٣) معلومًا حِلابها، وكان ذلك لأيام معلومة.

---

(١) «زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ٧٣٥).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٠٩).

(٣) وقلنا: (الكثيرة) لأنهم يُخْرِجون الشاة والشاتين. انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٧٦).

كأن يقول لشخص: أشتري منك لبن هذه العَشْر شياه، كل يوم، مدة شهر- بكذا[(١)].

واستدلوا بما يأتي:

١- تنزيل معرفة الحِلاب منزلة الكيل والوزن، وعليه ينتفي الغَرَر[(٢)].

٢- أن التقييد في الغنم الكثيرة فيه تخفيف للغَرَر؛ لأن الغالب أن المتعدد الكثير لا يموت كله في وقت واحد، فإذا مات بعضه بقي بعضه الموفى، وإن اختلف القَدْر في بعض الأيام على خلاف العادة فهو يسير، والغرر اليسير معفو عنه عند الجميع[(٣)].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الغَرَر المحتمل هو غرر يسير مُغتفَر.

سبب هذا الاستثناء:

المصلحة. وبيانه: أن في إباحة المسألة المستثناة مراعاة لمصالح الناس، مع انتفاء الغَرَر الفاحش الذي يُبْطِل العقود.

كما يمكن اعتبار العرف سببًا آخَر للاستثناء. وبيان ذلك: أن معرفة الناس بمقدار الحِلاب جَعلتِ الغرر المترتب على البيع يسيرًا لا عبرة به؛ ولذلك جَعَل الفقهاء هذه المعرفة بمنزلة الكيل والوزن.

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (٧/ ٣٦٣)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٠).

(٢) «زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ٧٣٥).

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (٧/ ٣٦٣).

القاعدة المرتبطة بهذا الاستثناء:

يَرتبط هذا الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (العادة مُحَكَّمة) لأن معرفة الناس بمقدار الحلاب جَعَلَتْ بيع اللبن في الضرع بيعًا معلومًا، كما لو باعوه كيلًا ووزنًا [(١)].

(١) «الفروق» للقرافي (٣/ ١٤٩).

المطلب الثامن

استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير من عدم صحة بيعه وشرائه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الأعمى وشرائه

اختَلَف الفقهاء في حُكْم بيع الأعمى وشرائه- على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة- إلى صحة بيع الأعمى [١].

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم صحة بيع الأعمى [٢].

أدلة القول الأول:

١- أن رجلًا ذَكَر للنبي ﷺ أنه يُخْدَع في البيوع، فقال: «إذا بايعتَ فقل: لا خِلَابَة»[٣] وكان رجلًا ضريرًا، وصَحَّح له النبي ﷺ بيعه، وجَعَل له الخيار فيما لو خُدِع [٤].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٦٤)، و«الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي، و«العناية شرح الهداية» للبابرتي (٦/ ٣٤٨)، و«الكافي» لابن عبد البر (٢/ ٤٣١)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٨).

(٢) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٣٠٢).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يُكْرَه من الخداع في البيع (٣/ ٦٥) برقم (٢١١٧)، ومسلم في كتاب البيوع، باب مَن يُخْدَع في البيع (٣/ ١١٦٥) برقم (١٥٣٣).

(٤) «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٣٧).

٢- الإجماع على تصحيح بيع الأعمى وشرائه، فإن العُمْيَان في كل زمان من لدن رسول الله ﷺ(١) لم يُمْنَعوا من بياعاتهم وأشريتهم، بل باعوا واشتروا في سائر الأعصار من غير إنكار(٢).

دليل القول الثاني: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغَرَر، وبيع الضرير من أعظم الغَرَر(٣).

يجاب عنه: بأن معرفة المبيع ليست محصورة في رؤيته، بل تَثبت بالذوق واللمس والشم والوصف، وكل ما يُعْرَف به المبيع ويُزيل الجهالة فإنه يكون معتبرًا. وإذا عُرِف المبيع بأي طريقة كانت، فإن الغَرر حينئذٍ يَزول(٤).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المُخالِفين. ولِما يترتب على القول الثاني من المشقة التي تَلحق بالأعمى عند تَعَذُّر مَن يقوم عنه بالبيع والشراء، مع تكرر حاجته لهما.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير

يَرِد هذا الاستثناء على مذهب الشافعية، فإنهم اسْتَثنَوْا حالة واحدة تصح من

---

(١) كالعباس بن عبد المطلب، وابنه عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. انظر: «الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٣٩).

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٦٤).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٣٩).

(٤) انظر: «مجلة الأحكام العدلية» (١/ ٦٥)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٨).

بيع الأعمى وشرائه، وهي ما إذا كان الأعمى قد رأى شيئًا قبل العمى مما لا يتغير، كالحديد [١].

ودليلهم على ذلك: أن حال الأعمى فيما قد رآه قبل العمى كحال البصير، وذلك في العلم بالمبيع وانتفاء الغَرر [٢].

يجاب عنه: بأن حَصْر معرفة المبيع بالرؤية تَكلُّف لا دليل عليه. كما يجاب عنه بأدلة الجمهور السابقة.

الراجح:

سبق ترجيح صحة بيع الأعمى وشرائه في المسألة السابقة؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب هذا الاستثناء:

القياس. وبيان ذلك: أن الشافعية قاسوا حال الأعمى فيما رآه قبل العمى- على حال البصير، بجامع العلم بالمبيع في كُلٍّ وانتفاء الغَرر [٣].

---

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٣٠٢).

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٣٩).

(٣) انظر: السابق.

المطلب التاسع

استثناء حال السفر دون الحضر من عدم جواز بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: هو رواية عن الإمام مالك، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو صحة بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه [(١)].

القول الثاني: ذهب الحنفية والإمام مالك- في رواية- والشافعية- إلى عدم صحة بيع الحيوان المأكول، واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه [(٢)].

دليل القول الأول: أن النبي ﷺ «نهى عن الثُّنْيَا إلا أن تُعْلَم»[(٣)] فرَخَّص

(١) انظر: «الكافي» لابن عبد البر (٢/ ٦٨٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٢٦).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٧٥)، و«حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ٥٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٥٨)، و«الكافي» لابن عبد البر (٢/ ٦٨٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٨١)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٩٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٨٣)، و«الحاوي» للماوردي (٥/ ١٦٣)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٨٧).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في المخابرة (٣/ ٢٦٢) برقم (٣٤٠٤). =

النبي ﷺ لما كان معلومًا، كما هو الحال في مسألتنا [١].

دليل القول الثاني: أنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع، فلم يَجُز استثناؤه كالحَمْل [٢].

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: كَوْنه لا يجوز إفراده بالبيع لا يَمنع صحة استثنائه. كما أن الثمرة قبل التأبير لا يَجوز إفرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية، ويَجوز استثناؤها.

الوجه الثاني: أن القياس على الحَمْل قياس مع الفارق؛ لأن الحَمْل مجهول وفيه منع، بخلاف مسألتنا [٣].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لقوة أدلة أصحابه، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال السفر دون الحضر

يَرِد الاستثناء على القائلين بعدم صحة البيع في المسألة السابقة؛ إذ استَثنى الإمام مالك في الرواية الأخرى عنه- حال السفر دون الحضر، فأجاز بيع الحيوان مأكول

= والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثُّنْيَا (٣/ ٥٧٧) برقم (١٢٩٠) وقال: حديث حسن صحيح.

وأخرجه النَّسَائي في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثُّنْيَا حتى تُعْلَم (٧/ ٢٩٦) برقم (٤٦٣٣).

(١) «المغني» لابن قدامة (٤/ ٧٨).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٧٥)، و«الحاوي» للماوردي (٥/ ١٦٣).

(٣) «الشرح الكبير» لابن قدامة (١١/ ١٢٦).

اللحم واستثناء المشتري رأسه أو جِلده أو أطرافه. ودليله على ذلك: أن المسافر لا يمكنه الانتفاع بها، وليس لها ثمن في السفر، فجاز شراء اللحم من دونها (١).

يجاب عنه: بأن قَصْر الجواز على حال السفر تَحَكُّم لا دليل عليه، والعلة التي ذكروها قد تتحقق في السفر والحضر، فلا وجه لقصرها على حال السفر.

كما يجاب عنه بأدلة القول الأول في المسألة السابقة.

الراجح:

سبق أن رجحتُ في المسألة السابقة القول بصحة البيع؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

المصلحة. وبيانه: أنهم رَاعَوْا مصلحة المسافر؛ لأن عدم تمكنه من الانتفاع بالرأس والجلد والأطراف في السفر- سَوَّغ تصحيح البيع له مع استثنائها. وهذه العلة منتفية في الحضر فمنعوه.

---

(١) انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٩٧).

المطلب العاشر

استثناء ما فيه نفع من الحشرات
من عدم جواز بيع الحشرات

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الحشرات

أَجْمَع العلماء على تحريم بيع الحشرات، ونَقَل الإجماع على ذلك الكَرْخي[(١)] فقال: (وأَجْمَعُوا على أن بيع هوام الأرض[(٢)] لا يَجوز، ومنها الحيات والعقارب... وهوام الأرض كلها)[(٣)].

---

(١) هو أبو الحسن عُبَيْد الله بن الحسين بن دَلَّال، البغدادي الكَرْخي، الفقيه.

وُلِد سنة (٢٠٦هـ)، انتهت إليه رئاسة المذهب، وانتشرت تلامذته في البلاد، واشتُهِر اسمه، وبَعُد صِيته.

وكان من العلماء العُبَّاد، ذا تهجد وأوراد وَتَأَلُّه، وصَبَر على الفقر والحاجة، وزُهْد تام، ووَقْع في النفوس.

تُوفي سنة (٣٤٠هـ) ببغداد. له رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية.

وكان رأسًا في الاعتزال، الله يسامحه. انظر «السِّيَر» للذهبي (١٥/ ٤٢٦).

(٢) وهي الحشرات. «لسان العرب» لابن منظور (٤/ ١٩١) مادة (حشر).

(٣) **نَقَله عنه**: العيني في «البناية شرح الهداية» (٨/ ١٦٢)، والشلبي «في حاشيته على تبيين الحقائق» (٤/ ٤٩).

ونَقَل الإجماع أيضًا: ابن الهُمَام في «فتح القدير» (٦/ ٤٢١)، وابن نُجَيْم في «البحر الرائق» (٦/ ٨٥).

ومستند الإجماع ما يأتي:

١- **قوله تعالى:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[١].

وَجْه الدلالة: أن الحشرات لا نَفْع فيها، وأَخْذ العِوض على ما لا نفع فيه يُعَدّ من أكل أموال الناس بالباطل[٢].

٢- **ما جاء عن المغيرة بن شُعبة رَضِوَاللَّهُعَنْهُ قال: سَمِعْتُ النبي ﷺ يقول:** «إن الله كَرِه لكم ثلاثًا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»[٣].

وَجْه الدلالة: أن مِن أعظم أوجه إضاعة المال إنفاقه فيما لا منفعة فيه، ومن ذلك بيع الحشرات.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما فيه نفع من الحشرات

سَبَق أن ذَكَرْتُ في المسألة السابقة إجماع العلماء على تحريم بيع الحشرات، وتعليلهم ذلك بعدم الانتفاع منها؛ وبِناء على ذلك فهم يرون صحة بيع الحشرات المباحة النفع[٤]، كبيع الديدان لصيد السمك، أو بيع الحشرات التي تُصْنَع منها

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٢) انظر: «أسنى المطالب» للسُّنَيْكِي (٢/ ٩).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾ [البقرة: ٢٧٣]، وكم الغِنى. برقم (١٤٧٧).

وأخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، والنهي عن منع وهات، وهو الامتناع من أداء حَقٍّ لَزِمه، أو طَلَب ما لا يستحقه (٣/ ١٣٤١) برقم (٥٩٣).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٢٧)، =

الأدوية والعقاقير، أو بيعها لأَكْلها [١].

ويمكن أن يُستدَل لهم: بأنهم عللوا تحريم البيع بعدم الانتفاع، فلما زالت العلة زال معها الحُكْم؛ لأن الحُكْم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، وهو مِن قَبيل زوال المانع [٢].

يتبين مما سبق صحة الاستثناء باتفاق العلماء.

سبب هذا الاستثناء:

المصلحة. وبيان ذلك: أن انتفاع الناس بالحشرات مع عدم وجود المانع الشرعي- فيه مراعاة لمصلحة الناس وسدًّا لحاجتهم، وهذا يتوافق مع أصول الشريعة؛ لأن الشريعة إنما جاءت لحفظ مصالح الناس [٣].

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَظهر ارتباط الاستثناء بالقاعدة الأصولية: (الحُكْم يدور مع علته وجودًا وعدمًا).

= و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ١٦٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٦٥)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٣/ ٣٩٥)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٤٢).

(١) **أما الشافعية فحصروا النفع في الأكل، فقالوا**: كل ما يؤكل من الحشرات فبيعه جائز، كاليربوع والضَّبّ.

وقولهم هذا يَعود لِما ذَكَرْتُ؛ لأن الأكل فرع عن الانتفاع. انظر: «حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المَحَلي» (٢/ ١٩٨).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٢٧٤)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٤٨٣).

(٣) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٢/ ٢٠).

وبيان ذلك: أن الفقهاء ﷺ لما مَنَعُوا من بيع الحشرات- عَلَّلُوا ذلك بعدم الانتفاع بها، ومقتضى ذلك أنه متى تحقق النفع فإن الحُكْم يزول.

جاء في «إعلام المُوَقِّعين»:

(**إِنَّ الحُكْم يدور مع علته وسببه وجودًا وعدمًا**؛ ولهذا إذا عَلَّق الشارع حُكْمًا بسبب أو علة، زال ذلك الحُكْم بزوالهما.

كالخمر، عُلِّق بها حُكْم التنجيس ووجوب الحد لوصف الإسكار، فإذا زال عنها وصارت خَلًّا زال الحُكْم.

وكذلك وَصْف الفسق، عُلِّق عليه المنع مِن قَبول الشهادة والرواية. فإذا زال الوصف زال الحُكْم الذي عُلِّق عليه.

وكذلك السفه والصِّغَر والجنون والإغماء، تزول الأحكام المعلقة عليها بزوالها. والشريعة مبنية على هذه القاعدة) (١).

---

(١) «إعلام المُوقِّعين» لابن القيم (٤/ ٨٠).

المطلب الحادي عشر

استثناء مَن يَتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع العصير

لم يكن من عادة الفقهاء قديمًا وحديثًا بحث المسائل المعلوم من الدين بالضرورة إباحتها؛ لأن الأصل في المعاملات الحِل والإباحة، وباب المباحات واسع -بفضل الله-.

وإنما يتطرقون لبحث ما كان خلاف ذلك؛ إظهارًا للحق وبيانًا للبس الذي يعتريه.

ومن ذلك مسألتنا هذه، فهي داخلة في عموم قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[(١)] وقوله تعالى: ﴿كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾[(٢)] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ وَٱشْكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾[(٣)].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية[(٤)] **عند كلامه على قوله تعالى:** ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[(٥)]: (والتفصيل: التبيين، فبَيَّن أنه بَيَّن المحرمات، فما لم يُبيَّن تحريمه فليس بمُحَرَّم، وما ليس بمُحَرَّم فهو حلال؛ إذ ليس إلا حلال أو حرام)[(٦)].

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٩).

(٢) سورة البقرة: الآية (٥٧).

(٣) سورة البقرة: الآية (١٧٢).

(٤) سبقت ترجمته.

(٥) سورة الأنعام: الآية (١١٩).

(٦) مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٣٦).

ومن ذلك: ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويَتركون أشياء تَقَذُّرًا، فبَعَث الله تعالى نبيه ﷺ وأَنْزَل كتابه، وأَحَل حلاله وحَرَّم حرامه، فما أَحَل فهو حلال، وما حَرَّم فهو حرام، وما سَكَت عنه فهو عفو»[١].

قال ابن تيمية: (لستُ أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجئ دليل بتحريمه فهو مطلق غير محجور، وقد نَصَّ على ذلك كثير ممن تَكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذَكَر في ذلك الإجماع يقينًا، أو ظَنًّا كاليقين)[٢].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن يَتخذ العصير خمرًا

صورة المسألة: حين يبيع البائع العصير، ويَعلم أن المشتري قَصَد من هذا الشراء أن يَتخذ هذا العصير خمرًا.

فقد اختَلَف الفقهاء في هذا البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٣]-: تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأطعمة، باب ما لم يُذْكَر تحريمه (٣/ ٣٥٤) برقم (٣٨٠٠) وصححه الألباني.

(٢) «مجموع الفتاوى» (٢١/ ٥٣٨).

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (١٨/ ٦١٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٤٥)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٧)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٥٣)، و«أسنى المطالب» للسُّنيكي (٢/ ٤١)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٦٧).

(٤) وقد حَكَى الصنعاني والشوكاني الإجماع على هذا القول، ولكن الإجماع لا يَثبت لوجود المُخالِفين كما سيأتي.
انظر: «سُبُل السلام» (٢/ ٣٩)، و«نَيْل الأوطار» (٥/ ١٨٣).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز بيع العصير لمن يتخذه خمرًا [١].

القول الثالث: ذهب صاحبا أبي حنيفة [٢]، والمالكية في قول، وهو نص الإمام الشافعي- إلى كراهة بيع العصير لمن يتخذه خمرًا [٣].

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [٤].

وَجْه الدلالة: أن في بيع العصير لمن يتخذه خمرًا مُعاوَنة له على الإثم والعدوان.

٢- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ**: «لَعَن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه» [٥].

---

(١) وهو رأي الزُّهْري، والثوري، والحسن، وعطاء في قول عنه.

انظر «المبسوط» للسرخسي (٢/ ٢٨٣)، و«الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٤/ ١٦٢)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٤٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٩١).

وانظر كذلك: «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ١٣٨).

وبعض علماء المذهب ذَكَر أن قول الإمام محمول على ما إذا كان سيبيعه على كافر، أما بيعه على المسلم فهو مكروه. وقد رَدَّ هذا الفَهْم ابن عابدين في حاشيته؛ لأنه يُعارِض ظاهر إطلاق الإمام (٦/ ٣٩١).

(٢) سبقت ترجمتهما.

(٣) انظر: «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٦/ ٢٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٩١)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٢٤٥)، و«الأم» للشافعي (٣/ ٧٥).

(٤) سورة المائدة: الآية (٢).

(٥) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأشربة، باب لعنة الخمر على عَشَرة أوجه (٢/ ١١٢١) برقم (٣٣٨٠). وأبو داود في كتاب الأشربة، باب في العنب يُعْصَر للخمر (٣/ ٣٢٦) برقم (٣٦٧٤)، انظر «التلخيص الحبير» لابن حجر (٤/ ١٣٦).

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ بَيَّن أن لعنة الله حقت على كل مَن كانت له صلة بالخمر، سواء أكانت مُباشَرة، أم بتسبب، أم بإعانة، ونحو هذا. وبائعها ممن يُعْلَم أنه يتخذها خمرًا يُعَد كالبائع لها مُباشَرة، وهو يُعِين على ذلك، وكذلك يتسبب في نشرها.

٣- **ما جاء عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ:** «إن مِن أكبر الكبائر أن يَلعن الرجل والديه» قيل: يا رسول الله، وكيف يَلعن الرجل والديه؟! قال: «يَسُب الرجلُ أبا الرجل، فيَسُب أباه ويَسُب أمه»[(١)].

قال النوويّ في شرحه للحديث: (ففيه دليل على أن مَن تَسَبَّبَ في شيء، جاز أن يُنسَب إليه ذلك الشيء. وإنما جُعِل هذا عقوقًا لكونه يَحصل منه ما يتأذى به الوالد تأذيًا ليس بالهين... وفيه قَطْع الذرائع فيؤخذ منه النهي عن بيع العصير ممن يَتخذ الخمر)[(٢)].

٤- ولأنه عَقْد على عين لمعصية الله، فلم يصح، كإجارة الأَمَة للزنا والغناء[(٣)].

أدلة القول الثاني:

١- **قوله تعالى:** ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[(٤)] وبَيْع العصير لمن يتخذه خمرًا هو بيع مكتمل الأركان والشروط، فكان بيعًا مباحًا صحيحًا.

يجاب عنه: بأن الآية مخصوصة بصور كثيرة، فيُخَص منها صورة النزاع بدليلنا،

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب لا يَسُب الرجلُ والديه (٨/ ٣) برقم (٥٩٧٣)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها (١/ ٩٢) برقم (٩٠).

(٢) «المنهاج» (٢/ ٨٨).

(٣) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٦٩).

(٤) سورة البقرة: الآية (٢٧٥).

وقولهم: (تم البيع بشروطه وأركانه) قلنا: لكن وُجِد المانع منه، وهو المعاونة على الإثم والعدوان (١).

٢- ولأن العصير مشروب طاهر حلال، فيَجوز بيعه وأَكْل ثمنه، ولا فساد في قصد البائع. وإنما المُحَرَّم قصد المشتري اتخاذ الخمر منه، وهو كبيع الغلام ممن يَصنع به ما لا يَحِل (٢).

٣- أن المعصية لا تقوم بعينه حين عقد البيع، إنما بعد تغيره وهو بعد وقوع العقد، فيبقى أن العقد وقع على مباح، فيَحِل (٣).

يجاب عنهما: بأن الوسائل تأخذ أحكام المقاصد، فكما أن القصد من بيع العصير هو اتخاذه خمرًا، فهو وسيلة إلى الحرام، ويأخذ البيع هنا حُكْم بيع الخمر (٤).

و الاعتبار فِي العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دُونَ ظواهر ألفاظها وأفعالها (٥).

أدلة القول الثالث:

١- أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر، فإنه لا يَبطل بالتهمة ولا بالعادة بين المُتبايعَين، وتُكْرَه لهما النية التي لو ظهرت في العقد لأفسدته (٦).

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٧٠).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢/ ٢٨٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٩١).

(٣) «الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٤/ ١٦٢»، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٤٨).

(٤) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٢/ ٣٥٣) و(٣/ ١٢٧).

(٥) «إعلام المُوَقِّعين» لابن القيم (٣/ ٧٩).

(٦) «الأم» للشافعي (٣/ ٧٥).

٢- أن فيه إعانة على المعصية، والإعانة عليها مكروهة (١).

يجاب عنهما: بأن النبي ﷺ لَعَن كل مَن له صلة بالخمر، ومِن ذلك البائع. والذي يبيع العصير لمن يتخذه خمرًا هو في حقيقة الأمر كمن يبيع الخمر. ومن لوازم النهي عن الشيء النهيُ عن الوسائل المؤدية إليه والذرائع المفضية إليه (٢).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- ترجيح القول الأول؛ لِما فيه من الجَمْع بين النصوص وسدًّا للذريعة.

سبب الاستثناء: **النص**. وهو يتضح بجملة النصوص التي استَدل بها أصحاب القول الأول.

كما يمكن عَدُّ القياس أيضًا سببًا للاستثناء، وذلك عندما عللوا تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا بأنه عقد على عين لمعصية الله، كإجارة الجارية لَمن يَزني بها.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا هو من باب سد الذرائع، وليس سد الذرائع إلا تطبيقًا عمليًّا من تطبيقات العمل بالمصلحة (٣).

القاعدتان المرتبطتان بالاستثناء:

- يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (الأمور بمقاصدها).
- **وبيانه**: أنه لما كان القصد من بيع العصير اتخاذه خمرًا، كان الحكم مُوافِقًا

---

(١) «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٩١).

(٢) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٢/ ٣٥٣).

(٣) انظر: «نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي» للريسوني (١/ ٧٦).

لمقصود البيع. وهذه القاعدة متداخلة مع أصل سد الذرائع الذي استَدل به أصحاب القول الأول.

- كما يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (دَرْء المفاسد أَوْلى من جلب المصالح) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) لأن دَرْء المفسدة هنا مُقَدَّم على جلب مصالح البيع والشراء [1].

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٨)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٤٨).

المطلب الثاني عشر

استثناء وقت الفتنة (١) من جواز بيع السلاح (٢)

وفيه فرع واحد، وهو: التحقيق في استثناء وقت الفتنة

صورة المسألة ما إذا كان المشتري من أهل الفتنة، وعُلِم أن قصده من الشراء هو استعماله في الفتنة (٣).

فهنا اتفقت المذاهب الأربعة على تحريم بيع السلاح له (٤).

كما أنني لم أجد قولًا مُخالِفًا لهم، ولم أجد مَن حكى الإجماع على ذلك.

واستدلوا بما يأتي:

١- **قوله تعالى:** ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ (٥).

وَجْه الدلالة: أن بيع السلاح في الفتنة إذكاء لها، وإعانة على الإثم والعدوان.

---

(١) **المراد بالفتنة:** ما يقع من حروب بين المسلمين. «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٢٣).

(٢) الأصل في بيع السلاح كالأصل في بيع العصير في المبحث السابق، ولا حاجة لإعادة البحث؛ ولذلك سيكون البحث هنا في التحقق من استثناء وقت الفتنة فقط منعًا للتّكْرار.

(٣) انظر: «تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ» (٣/ ٢٩٦).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٣٣)، (٧/ ١٤٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٦٨)، و«مواهب الجليل» للحَطّاب (٤/ ٢٥٤)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٥٤)، و«حاشيتي قليوبي وعميرة» (٢/ ٢٢٩)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ١٧٠)، و«مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٢/ ١٤١)، و«إعلام المُوَقِّعين» لابن القيم (١/ ٣٤).

(٥) سورة المائدة: الآية (٢).

٢- ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لَعَن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه» (١).

وَجْه الدلالة: أن الحديث يدل على تحريم التسبب إلى الحرام (٢).

٣- ما جاء عن عِمران بن حُصَيْن رضي الله عنه «أَنَّ النبيّ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ السِّلَاحِ فِي الْفِتْنَةِ» (٣).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «حاشية عميرة» (٢/ ٢٢٩).

(٣) **أخرجه البزار في «مسنده» (٩/ ٦٣) برقم (٣٥٨٩) وقال (بتصرف):**

(وهذا الحديث لا نَعلم أحدًا يرويه عن النبي ﷺ إلا عِمران بن حُصَيْن، وفي سنده مَن لا يُعْرَف، وهو عبد الله اللَّقِيطِي، ومَن ليس بالقوي وهو بَحْر بن كَنِيز، ولكن ما نحفظه عن رسول الله ﷺ إلا من هذا الوجه، فلم نجد بُدًّا من إخراجه.

وقد رواه سَلْم بن زُرَيْر، عن أبي رجاء، عن عِمران، موقوفًا.

وأخرجه البيهقي في «الكبرى» مرفوعًا، في كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير ممن يَعصر الخمر، والسيف ممن يَعصي الله ﷻ به (٥/ ٥٣٥) برقم (١٠٧٨٠) وقال: رَفْعه وهم، والموقوف أصح.

وأخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٨/ ١٣٦) برقم (٢٨٦).

وقال ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٨٨-٨٩): (هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ، وقد رواه محمد بن مصعب القَرْقَسَانِيّ، عن أبي الأشهب، عن أبي رجاء، فرَفَعه، ووَقَفه تارة على عِمران بن حُصَيْن. فأما (بحر بن كَنِيز فقال يحيى: ليسَ بشيء، لا يُكْتَب حديثه، كل الناس أَحَبُّ إليَّ منه. وقال النَّسَائي والدارقطني: متروك) - ولم أقف على كلامهما- وأما (محمد بن مصعب) فقال يحيى بن مَعين: (ليس بشيء).

وقال ابن المُلقِّن في «البدر المنير» (٢/ ٥٠) عن بحر بن كَنِيز: (وهو ضعيف).

وقال الهيثمي في «مَجْمَع الزوائد» (٤/ ١٠٨): (وفيه بَحْر بن كَنِيز، وهو متروك).

٤- ولأن الواجب قلع سلاحهم بما أمكن؛ لكيلا يستعملوه في الفتنة، فالمنع أَوْلَى (١).

وعلى هذا يكون الاستثناء صحيحًا باتفاق المذاهب الأربعة، ولا يُعْرَف لهم مُخالِف.

سبب الاستثناء:

مجموع النصوص التي استدلوا بها.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء؛ لأن تحريم بيع السلاح وقت الفتنة هو من باب سد الذرائع، وسد الذرائع تطبيق عملي للمصلحة (٢).

القاعدتان المرتبطتان بالاستثناء:

- يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (الأمور بمقاصدها).
- **وبيانه**: أنه لما كان القصد من بيع السلاح وقت الفتنة إذكاء للفتنة، وهي مُحَرَّمة شرعًا، كان الحُكْم موافقًا لمقصود البيع. وهذه القاعدة متداخلة مع أصل سد الذرائع.
- كما يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (دَرْء المفاسد أَولَى من جلب المصالح) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) لأن دَرْء المفسدة هنا مُقَدَّم على جلب مصالح البيع والشراء (٣).

---

(١) «تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٣/ ٢٩٦).

(٢) انظر: «نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي» للريسوني (١/ ٧٦).

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٨)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٤٨).

المبحث الثالث

المُستثنَيات في الشروط في البيع

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء بيع العربون من عدم جواز البيع المُعَلَّق على شرط.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم البيع المُعَلَّق على شرط

صورة المسألة: أن يقول البائع: (بِعتك إن جئتني بكذا). أو: (إِنْ رَضِيَ فلان) أي أن يكون البيع معلقًا لا مُنَجَّزًا في الحال.

فهذا محل خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول: وهو رواية عن الإمام أحمد [1]، واختيار ابن تيمية [2]، وابن القيم[3]-: جواز تعليق البيع على شرط.

---

(١) انظر: «الإنصاف للمَرْداوي مع المقنع والشرح الكبير» (١١/ ٢٤٩).

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ١٣٨)، وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٣) انظر: «إعلام المُوَقِّعين» (٣/ ٣٠١).

وابن القيم هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، الزُّرْعِيّ الدِّمَشقي، أبو عبد الله، شمس الدين. مولده سنة (٦٩١هـ) في دمشق.

تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية، أُغْرِيَ بحب الكتب، فجَمَع منها عددًا عظيمًا، وكَتَب بخطه الحَسَن شيئًا كثيرًا، وأَلَّف تصانيف كثيرة، منها: «إعلام الموقعين» و«الطرق الحُكْمِية في السياسة الشرعية»، تُوفِّي سنة (٧٥١هـ). =

القول الثاني: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة [(١)] إلى عدم جواز تعليق البيع على شرط.

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [(٢)].

وَجْه الدلالة: أنها أفادت وجوب الوفاء بكل عقد وشرط، منجزًا كان أم مُعَلَّقًا، ومَن خصها بنوع منها فعليه الإتيان بالدليل [(٣)].

٢- **ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال**: «المسلمون على شروطهم» [(٤)] فما يشترطه المسلمون بينهم، فإنه يجب الوفاء فيه.

٣- **أنه قد ورد عن غير واحد من السلف الاشتراط والتعليق في البيع؛ مما يدل على جوازه عندهم.**

ومن ذلك: ما ثَبَت عن عمر رضي الله عنه أنه كان يَدفع أرضه إلى العامل على أنه إن جاء

= انظر: «ذيل طبقات الحنابلة» لابن رجب (٥/ ١٧٠)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٨/ ٢٨٧).

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٨)، و«تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ١٣١)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٣٧٣)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٨١)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٢٤٩).

(٢) سورة المائدة: الآية (١).

(٣) انظر: «المبدع» لابن مفلح (٤/ ٥٨).

(٤) أخرجه أبو داود في «سُننه»، كتاب الأقضية، باب في الصلح (٣/ ٣٠٤) برقم (٣٥٩٤)، والحاكم في «المُستدرَك»، كتاب البيوع (٢/ ٥٧) برقم (٢٣٠٩) وقال: (وهذا أصل في الكتاب، وله شاهد من حديث عائشة وأنس بن مالك رضي الله عنهما).

وصححه الألباني في تعليقه على «سُنن أبي داود» (٢/ ٣٩٥).

عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا [(١)]. وهذا تعليق لعقد المزارعة بالشرط.

وأيضًا: ما ثَبَت عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أَمَّر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، فقال رسول الله ﷺ: «إِنْ قُتِل زيد فجعفر، وإِنْ قُتِل جعفر فعبد الله بن رَوَاحَة»[(٢)]. فإذا جاز تعليق الولاية وهي من الخطورة بمكان، ففي البيع أَوْلَى.

١- أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يَحرم منها ويَبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، ومن ذلك تعليق العقود [(٣)].

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط» [(٤)].

المناقشة: الحديث ضعيف لا يصح.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (هذا حديث باطل، ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يُرْوَى في حكاية منقطعة) [(٥)].

وقال أيضًا: (وقد ذَكَره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من

---

(١) أخرجه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه (٣/ ١٠٤) قبل حديث رقم (٢٣٢٨).

(٢) أخرجه البخاري، في كتاب المغازي، باب غزوة مُؤْتَة من أرض الشام (٥/ ١٤٣) برقم (٤٢٦١).

(٣) «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٩/ ١٣٢).

(٤) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٤/ ٣٣٥) برقم (٤٣٦١)، والخَطَّابي في «معالم السُّنن» في كتاب البيوع، باب شرط في بيع (٣/ ١٤٦)، وسيأتي الكلام عليه في المناقشة.

(٥) «مجموع الفتاوى» (١٨/ ٦٣).

دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذَكَروا أنه لا يُعرْف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه) [١].

٢- أن مقتضى البيع نَقْل المِلك حال التبايع- بمعنى أن يترتب أثره عليه في الحال- والشرط يمنعه [٢].

المناقشة: إن كان المراد مقتضى العقد المطلق فهذا صحيح، وكل الشروط كذلك.

وإن أردتم مقتضى العقد مطلقًا، فلا قائل بذلك؛ فإنه يصح استثناء الانتفاع بالمعقود عليه مدة، ويصح اشتراط الخيار، ويصح تأجيل الثمن أو المعقود عليه، وكلها تَمنع انتقاله حالًا إلى المعقود معه، فكذلك هنا. يؤيد هذا أن شرط الخيار في العقود هو في الحقيقة تعليق للعقد [٣].

٣- أن انتقال الأملاك يَعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإنَّ شأن الـمُعَلَّق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع [٤].

المناقشة:

أ) لا نُسلِّم أن الرضا إنما يكون مع الجزم، بل يكون مع التعليق أيضًا، كما في وقف العقود، وبيع الخيار، والشروط في العقود.

---

(١) المرجع السابق (٢٩/ ١٣٢).

(٢) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٣٧٣)، و«كشاف القناع) للبُهُوتي (٣/ ١٩٥).

(٣) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٩/ ١٣٨)، و«المناظرات الفقهية» للسعدي (ص٨٥).

(٤) «الفروق» للقرافي (١/ ٢٢٩).

ب) ثم قَصْر الرضا على العقد الناجز تَحَكُّم لا دليل عليه، ويُخالِف النصوص الدالة على إباحة البيع عمومًا، والأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود في العقود.

ج) ثم من العقود ما لا يقع إلا معلقًا كالوصية، ويَلزم على قولهم بطلانها. كما أنهم يتناقضون فيستثنون صورًا من هذه القاعدة، وكل أصحاب المذاهب الأربعة قد استثنَوْا من ذلك صورًا ما بين مُقِل ومُستكثِر [(١)].

د) أن قولهم: (إن شأن الـمُعَلَّق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول) لا مانع منه إذا لم يترتب عليه أكل المال بالباطل، فلو لم يَحصل لكان حقًّا للطرفين محفوظًا.

٤- أن التعليق من باب القِمار، وهو مخاطرة تتضمن أكل المال بالباطل، كما أنه يؤدي إلى الغرر[(٢)].

المناقشة:

أ) عدم التسليم بأنه من القِمار؛ إذ يَلزم على هذا أن الوصية ونحوها من القمار؛ لأنها مُعَلَّقة.

ب) أن غاية ما في البيع المُعَلَّق إن حصل المشروط فحقهما محفوظ، وإن لم يَحصل فمالهما محفوظ أيضًا، وليس فيه أكل للمال بالباطل.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول بجواز تعليق البيع على شرط؛ لقوة أدلتهم، وموافقتها أصول الشريعة وقواعدها العامة، ولمناقشتهم أدلة المُخالِفين.

---

(١) انظر: «الفروق» للقرافي (١/ ٢٢٩)، و«غمز عيون البصائر» للحسيني (٤/ ٤١).

(٢) «تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي» (٤/ ١٣١).

الفرع الثاني: تعريف بيع العربون والتحقيق في استثنائه

العربون في اللغة: بفتح العين والراء، وبضم العين وإسكان الراء، وتُبْدَل عينهن همزة: ما عُقِدَ به الـمُبايَعة من الثمن [١].

وفي اصطلاح الفقهاء: أن يَدفع المشتري إلى البائع جزءًا من الثمن قبل العقد أو في أثنائه، على أنه إن تم البيع فهو من الثمن، وإلا فهو للبائع [٢].

اختَلَف الفقهاء في بيع العربون على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد [٣] إلى تحريم بيع العربون.

القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى جواز بيع العربون، سواء أَوُقِّتتْ مدة الانتظار أم لم تُوقَّت. وهذا من مفردات المذهب، وهو بذلك مُستثنًى من قولهم في المسألة السابقة، وهو تحريم اشتراط ما يُعَلِّق البيع [٤].

---

(١) انظر «القاموس المحيط» للفيروزآبادي (١/ ١١٣).

(٢) انظر: «الشرح الكبير» للدردير (٣/ ٦٣)، و«مغني المحتاج» للشربينيّ (٢/ ٣٩٥)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٢٤٩).

(٣) انظر: «فتاوى السُّغْدِي» (١/ ٤٦٧-٤٧٣)، و«الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٦٣)، و«التمهيد» لابن عبد البر (٢٤/ ١٧٩)، و«تفسير القرطبي» (٥/ ١٥٠)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٣٣٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٩٥)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٥)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (٤/ ٣٥٨).

وهو مروي عن ابن عباس، والحسن البصري، والأوزاعي، والثوري، والليث.

واختار أبو الخَطَّاب من الحنابلة هذه الرواية.

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٥)، و«المِنَح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد» للبُهُوتي (١/ ٤٢٦).

القول الثالث: وهو قول لمتأخري الحنابلة-: جواز بيع العربون بشرط توقيت مدة الانتظار [(١)].

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ [(٢)].

وَجْه الدلالة: أن البائع لا يَرُد العربون للمشتري إذا عَدَل عن الشراء، وأَخْذ البائع للعربون أَخْذ بغير عِوَض ولا وَجْه حق، فهو من أكل المال بالباطل.

المناقشة:

لا نُسَلِّم أن بيع العربون أكل لأموال الناس بالباطل، بل هو في مقابل ضرر التعطل والانتظار، وتفويت الفرصة في صفقة أخرى بسبب حبس السلعة.

٢- ما رواه عمرو بن شُعَيْب [(٣)] عن أبيه عن جَده قال: نَهَى رسول الله ﷺ عن

---

(١) انظر: «مَطالب أُولِي النُّهَى» للرُّحَيْبَانِي (٣/ ٧٨).

وهو رأي الشيخ عبد الله بن منيع، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور رفيق المصري. انظر: «مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي» العدد الثامن (١/ ٦٧٨، ٦٩٧، ٧٢٩).

وبه صَدَر قرار مَجْمَع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. انظر: قرار المَجْمَع رقم (٧٦/ ٣/ ٨د) العدد الثامن من مجلة المَجْمَع (١/ ٧٩٣).

وقد أخرتُ هذا القول- وهو الراجح عندي- على خلاف عادتي في البحث، وهي تقديمي للقول الراجح عند ذكر الأقوال؛ لأن أدلة هذا القول هي أدلة القول الثاني نفسها وزادوا عليها، فمنعًا للتّكرار أخرتُه لأَكتفي بالإشارة إلى ما استَدل به أصحاب القول الثاني.

(٢) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٣) هو أبو إبراهيم- وقيل: أبو عبد الله- عمرو بن شُعَيْب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، القرشي السَّهْمي، من رواة الحديث، اختَلفتْ أقوال أئمة الجَرْح والتعديل فيه. =

بيع العربان [١].

نوقش بأن الحديث ضعيف، ضَعَّفه الإمام أحمد [٢] والنوويّ [٣]..............

= قال ابن حجر: صدوق. تُوفِّي بالطائف سنة (١١٨هـ).

انظر: «تهذيب الكمال» للمِزيّ (٢٢/ ٦٤ وما بعدها)، و«تقريب التهذيب» لابن حجر (١/ ٤٢٣) برقم (٥٠٥٠).

(١) أخرجه مالك في «الموطأ»، كتاب البيوع، باب ما جاء في العربان (٤/ ٨٧٩) برقم (٢٢٥٧).

ورواه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع العربان (٢/ ٧٣٨) برقم (٢١٩٢).

ورواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في العربان (٣/ ٢٨٣) برقم (٣٥٠٢). وسيأتي الكلام عليه.

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٥).

(٣) **قال في «المجموع» (٩/ ٣٣٥):**

(رواه مالك في «الموطأ» قال: أخبرني الثقة عن عمرو بن شُعَيْب... فذَكَره، ومِثل هذا لا يُحتجّ به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء.

ورواه أبو داود في «سُننه» عن القَعْنَبي عن مالك، أنه بَلَغه عن عمرو بن شُعَيْب. وهذا أيضًا منقطع لا يُحتجّ به.

ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرُّخَامِي عن حبيب بن أبي ثابت كاتب مالك، عن عبد الله بن عامر الأسلمي، عن عمرو بن شُعَيْب. وحبيب بن أبي ثابت هذا وعبد الله بن عامرالأسلمي هذا- ضعيفان باتفاق المُحَدِّثين.

وذَكَر البيهقي رواية مالك، وهي قوله: (بَلَغني عن عمرو بن شُعَيْب) ثم قال البيهقي: هكذا رَوَى مالك هذا الحديث في «الموطأ» فلم يُسَمِّ رواية الذي رواه عنه. قال: ورواه حبيب بن أبي ثابت، عن مالك، عن عبد الله بن عامر الأسلمي، عن عمرو بن شُعَيْب. وقيل: إنما رواه مالك عن ابن لَهيعة، عن عمرو بن شُعَيْب. كذا قاله أبو أحمد ابن عَدي الحافظ، قال ابن عَدي: والحديث عن ابن لَهيعة عن عمرو بن شُعَيْب مشهور. =

وابن حجر [(١)] ....

= قال البيهقي: وقد رُوِيَ هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب، عن عمرو بن شُعَيْب. ثم رواه البيهقي بإسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو.

ثم قال البيهقي: عاصم هذا فيه نظر، وحبيب بن أبي ثابت هذا ضعيف، وعبد الله بن عامر وابن لَهيعة لا يُحتجّ بهما، والأصل في هذا الحديث مُرْسَلُ مالك.

وقال البيهقي في كتابه «معرفة السُّنن والآثار»: بَلَغني أن مالكًا أَخَذه عن عبد الله بن عامر، وقيل: عن ابن لَهيعة، وقيل: عن الحارث بن عبد الرحمن، عن عمرو بن شعيب.

قال: وفي الجميع ضعف، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف.

قال: وإنما بَسَطْتُ الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته).

والنووي هو: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مُرِّيّ بن حسن بن حسين بن حِزام بن محمد بن جمعة، النووي.

وُلِد في المُحَرَّم سنة إحدى وثلاثين وست مئة بـ(نَوَى).

وكان إمامًا بارعًا حافظًا متقنًا، أتقن علومًا شتى، وكان شديد الورع والزهد، أَمّارًا بالمعروف ناهيًا عن المنكر، تهابه الملوك، تاركًا لجميع ملاذ الدنيا ولم يتزوج.

ووَلِيَ مشيخة دار الحديث الأشرفية بعد أبي شامة، فلم يتناول منها درهمًا.

مات في رابع عشر من رجب، سنة ست وسبعين وست مئة.

انظر «طبقات الشافعية الكبرى» (٨/ ٣٩٦،٣٩٥)، وانظر «طبقات الحفاظ» (١/ ٥١٣).

(١) **قال في «التلخيص» (٣/ ٤٤ وما بعدها):**

(رُوِيَ أنه ﷺ نهى عن بيع العربان). مالك، وأبو داود، وابن ماجه، من حديث عمرو بن شُعَيْب، عن أبيه، عن جَده. وفيه رَاوٍ لم يُسَمَّ، وسُمِّي في رواية لابن ماجه ضعيفة: عبد الله بن عامر الأسلمي. وقيل: هو ابن لَهيعة. وهما ضعيفان.

ورواه الدارقطني، والخطيب في الرواة عن مالك، من طريق الهيثم بن اليمان، عنه، عن عمرو بن الحارث، عن عمرو بن شُعَيْب. وعمرو بن الحارث ثقة، والهيثم ضَعَّفه الأزدي، وقال أبو حاتم: صدوق. وَذَكر الدارقطني أنه تَفَرَّد بقوله: (عن عمرو بن الحارث). =

والصنعاني [١].

٣- أن حديث عمرو بن شُعَيْب السابق وإن كان ضعيفًا، فهو يتضمن حَظْر بيع العربون، وهو أرجح من الإباحة كما تَقَرَّر في الأصول [٢].

= قال ابن عَدي: يقال: إن مالكًا سَمِع هذا الحديث من ابن لَهيعة. ورواه البيهقي من طريق عاصم بن عبد العزيز، عن الحارث بن عبد الرحمن، عن عمرو بن شُعَيْب).

ورواية البيهقي عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث... قال البيهقي: (عاصم هذا فيه نظر) المرجع السابق.

وابن حجر هو: شهاب الدين أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد، الكِنَانِي العسقلاني المصري، الشهير بـ(ابن حجر)، الحافظ الناقد، وُلِد في القاهرة سنة (٧٣٣هـ).

كان مولعًا بالشِّعر والأدب، ثم أقبل على الحديث حتى صار إمامًا فيه، له تصانيف عدة، منها: «فتح الباري بشرح صحيح البخاري»، و«بلوغ المرام من أدلة الأحكام».

انظر: «الضوء اللامع» للسخاوي (٢/ ٣٦-٤٠)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٩/ ٣٩٥).

(١) **قال في «سُبُل السلام» (٢/ ٢٢)**: (فيه رَاوٍ لم يُسَمَّ، وسُمِّيَ في رواية فإذا هو ضعيف، وله طرق لا تخلو من مقال).

والصنعاني هو: عز الدين أبو إبراهيم، محمد بن إسماعيل بن صلاح، الحَسَني الصنعاني، الشهير بـ(الأمير).

من كبار علماء اليمن، وُلِد سنة (١٠٩٩هـ)، كان من فقهاء الزيدية، ثم صار من المجتهدين، أصيب بمِحَن كثيرة في حياته.

له تصانيف عدة، منها: «سُبُل السلام شرح بلوغ المرام»، و«توضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار»، تُوفِّي سنة (١١٨٢هـ).

انظر «البدر الطالع» للشوكاني (٢/ ١٣٣).

(٢) «نَيْل الأوطار» للشوكانيّ (٥/ ١٨٢).

وقد ضَعَّف الشوكاني الحديث في بداية كلامه عنه، ولما بَلَغ موضع الترجيح في حُكْم بيع العربون قال: إِنَّ طُرُق الحديث يُقَوِّي بعضها بعضًا.

يناقش بأن هذا مُعارَض بأن (الأصل في الشروط الصحة واللزوم، إلا ما دل الدليل على خلافه)[١] ولا يُعْدَل عن هذا الأصل إلا بدليل صحيح، وهذا الحديث ضعيف.

واليقين لا يزول بالشك، والمقصود بـ(اليقين) هو الصحة والجواز بِناء على الأصل، والشك هو التحريم استنادًا على الحديث الضعيف، كما أن قاعدة تقديم الحظر على الإباحة عندما يتساوى الدليلان [٢]، وهنا الدليلان غير متساويين، بل هناك مرجح للقول بجواز بيع العربون- كما سيأتي-.

كما أن قاعدة تقديم الحظر على الإباحة إنما هي في الأمور التي يكون الأصل فيها الحظر، كالعبادات والفروج [٣] وهذا بخلاف المعاملات؛ إذ الأصل فيها الإباحة، والشروط الأصل فيها الصحة واللزوم.

٤- أن في العربون شرطين فاسدين، هما:

الشرط الأول: شَرْط الهبة، بمعنى أن ما دفعه المشتري يكون مجانًا إذا اختار ترك السلعة.

الشرط الثاني: شَرْط الرد على البائع إذا لم يقع من المشتري الرضا بالبيع [٤].

يناقش بأن الشرط الأول ليس بهبة كما ذُكِر، بل هو مقابل الخيار [٥] الذي مَلَكه المشتري، ودَفَعه حين عَدَل عن الشراء، فلا يَصدق عليه أنه دفعه مجانًا.

---

(١) «فتاوى شيخ الإسلام» (٢٩/ ٣٤٦).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٩٣).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/ ٥٨).

(٤) «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٩٥).

(٥) كَوْن العقد جائزًا مدة معينة في حق المشتري- قد يكون له ثمن، وقد يَتسامح فيه البائع فيكون بلا ثمن. ففي حال عدول المشتري عن الصفقة يكون الخيار له ثمن، وهو قيمة العربون.

كما أنه في مقابل حبس السلعة عن عرضها للبيع، وقد يُحْرَم البائع فرصًا في بيعها، وربما كانت هذه الفرص أكثر غبطة ومصلحة لمالكها، فالعربون في مقابل التعويض عن هذا الحرمان.

وأما الشرط الثاني: وهو شرط الرد إذا لم يَرْضَ المشتري- فهو خيار الشرط، ولا إشكال في مشروعيته، والمذاهب الأربعة تجيز خيار الشرط في الأصل، وإن كانت مختلفة في بعض مسائله، فلا وجه لمنع العربون لوجود هذا الشرط [(١)].

٥- أن العربون بمنزلة الخيار المجهول؛ لأنه يتضمن اشتراط المشتري أن له رد السلعة من غير تقييد ذلك بمدة [(٢)].

يُناقَش بأنه يمكن انتفاء الجهالة بتحديد المدة التي يَجوز فيها الرد.

ثم إنه على افتراض عدم تحديد المدة، فإن هذا ليس كافيًا لمنع العربون؛ إذ قد أجاز الفقهاء بعض الشروط المطلقة التي لم تُحَدَّد بمدة، كخيار العيب، وخيار المجلس عند القائلين به [(٣)].

٦- أن المشتري بالعربون شَرَط للبائع شيئًا بغير عِوَض، فلم يصح، كما لو شَرَطه لأجنبي [(٤)].

يُناقَش بأن العربون لم يُشْرَط للبائع بغير عِوَض، بل هو مقابل انتظار المشتري، وحَبْس السلعة، والامتناع عن البيع. وقد سبق بيانه.

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٦٥)، و«الذخيرة» للقرافي (٥/ ٢٣-٢٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٩١)، و«المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٣).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٢٥٢).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٤).

(٤) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٢٥٢).

وأما قولهم: (كما لو شَرَطه لأجنبي) فهو قياس مع الفارق؛ لأن اشتراطه للأجنبي لا يَعود على المشتري بنفع، بخلاف اشتراطه للبائع فإنه يَعود على المشتري بنفع؛ إذ لولا العربون لم يَرْضَ البائع بالعقد.

٧- أن في بيع العربون غررًا.

يُناقَش بعدم التسليم بوجود الغَرر في بيع العربون؛ لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، والقدرة على التسليم متوفرة. أما الغرر الناشئ عن احتمال نكول المشتري عن الشراء فلا يَضر؛ لأن الشارع أجاز من الغرر ما تدعو إليه الحاجة مما لا يؤول بالمُتعاقدَين إلى الشقاق والنزاع.

ولأن هذا الأمر موجود في الخيارات كخيار الشرط والرؤية، ولو عُدَّ ذلك من الغرر لعُدَّ خيار الشرط باطلًا! وقد أَجْمَع العلماء على اعتباره في الجملة، وهو مجهول العاقبة [(١)].

أدلة القول الثاني:

١- **ما جاء عن زيد بن أسلم** [(٢)] «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَحَلَّ الْعُرْبَانَ فِي الْبَيْعِ» [(٣)].

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٦٥)، و«الذخيرة» للقرافيّ (٥/ ٢٣-٢٦)، و«مغني المحتاج» للشربينيّ (٢/ ٣٩١)، و«المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٣).

(٢) هو أبو أسامة زيد بن أسلم، القرشي العَدَوي، فقيه مُفسِّر، من أهل المدينة.

كان مع عمر بن عبد العزيز أيام خلافته، واستقدمه الوليد بن يزيد في جماعة من فقهاء المدينة إلى دمشق مستفتيًا في أمر.

وكان ثقة، كثير الحديث، له حلقة في المسجد النبوي. تُوفي سنة (١٣٦هـ).

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٢/ ١٥٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب البيوع والأقضية، باب في العربان في البيع (٥/ ٧) برقم (٢٣١٩٥) وسيأتي الكلام عليه.

وقد نوقش بأنه ضعيف[١].

٢- أن نافع بن عبد الحارث[٢] اشترى دارًا للسجن بمكة من صفوان بن أمية[٣] على أن عمر إن رَضِي فالبيع بيعه، وإن لم يَرْضَ عمر فلصفوان أربع مئة دينار[٤].

---

(١) **قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٤/ ١٧٩)**: (وهذا لا يُعْرَف عن النبي ﷺ من وجه يصح، وإنما ذَكَره عبد الرزاق عن الأسلمي عن زيد بن أسلم مرسلًا. وهذا ومِثله ليس بحُجة).

وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٥): (وهذا ضعيف مع الإرسال، والأسلمي هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى).

وقال الشوكاني في «نيل الأوطار» (٥/ ١٨٢): (وهو مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف) ذَكَروا أنه عند عبد الرزاق ولم أجده.

(٢) هو الصحابي الجليل نافع بن عبد الحارث بن كَلَدَة، الثقفي، أخو أبي بَكْرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لأمه، ادعاه الحارث واعتَرَف أنه ولده، فثَبَت نسبه منه.

وهو أول مَن اقتَنَى الخيل بالبصرة، وهو أحد الشهود على المغيرة.

انظر: «الإصابة» لابن حجر (٦/ ٣١٩-٣٢٠).

(٣) **هو صفوان بن أمية بن خَلَف، الجُمَحي المكي، صحابي أسلم بعد الفتح، وحَسُن إسلامه، وشَهِد اليرموك أميرًا على كُرْدُوس.**

مات أيام قتل عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وقيل: تُوفي في أوائل خلافة معاوية رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

انظر: «الإصابة» لابن حجر (٣/ ٣٤٩ وما بعدها)، و«السِّيَر» للذهبي (٢/ ٥٦٢-٥٦٧).

(٤) أخرجه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، كتاب الخصومات، باب الربط والحبس في الحَرَم (٣/ ١٢٣) قبل حديث رقم (٢٤٢٣).

وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب البيوع والأقضية، باب في العربان في البيع (٥/ ٧) برقم (٢٣٢٠١).

قال ابن حجر في «فتح الباري» (٥/ ٧٦): =

ونوقش من وجوه عِدَّة:

الوجه الأول: احتمال كَوْن المَبلغ الذي يستحقه صفوان إذا لم يَرْضَ عمر - كان في (مقابلة انتفاعه بتلك الدار إلى أن يَعود الجواب من عمر) [(١)].

الوجه الثاني: احتمال أن عمر اشتراها بعقد مبتدئ، وحَسَب المَبلغ الذي ذَكَره نافع من الثمن [(٢)] فلا يَكُون من بيع العربون.

الوجه الثالث: يحتمل أنه بيع بشرط الخيار، أو هو وَعْد، أو مما يقتضيه العقد[(٣)]، وليس بيعًا بشرط العربون. ومع الاحتمال يَبطل الاستدلال.

ويجاب عنها: بأن الاحتمالات المذكورة لا يُعضِّدها دليل، بل الدليل على خلافها، وهو التصريح بشرط العربون في قوله: (على أن عمر إن رضي فالبيع بيعه، وإن لم يَرْضَ عمر فلصفوان أربع مئة دينار).

ويدل على ذلك ما استنتجه الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ من هذا الحديث، بأنه بيع بشرط العربون، وإجازته للعربون لهذا الحديث [(٤)].

= (وَصَله عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي، من طرق عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فَرُّوخ به، وليس لنافع بن عبد الحارث ولا لصفوان بن أمية في البخاري سوى هذا الموضع).

و(عبد الرحمن بن فَرُّوخ) ذَكَره ابن حِبان في «الثقات» (٧/ ٨٧) برقم (٩١٢٩). وقال عنه ابن حجر في «التقريب»: (١/ ٣٤٨) برقم (٣٩٧٩): (مقبول).

(١) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٧٦).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٦).

(٣) «عمدة القاري» للعيني (١٢/ ٢٦٢).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٦).

٣- ما جاء عن بعض الصحابة والتابعين من إقرار بيع العربون والقول به، كابن عمر [(١)]، ومجاهد [(٢)]، وسعيد بن المُسَيِّب [(٣)].

نوقشت هذه الآثار: إذا سَلَّمْنا بصحتها: بأنها إما قول صحابي أو تابعي مُعارِض لحديث عمرو بن شُعَيْب عن أبيه عن جَده، عن رسول الله ﷺ، في النهي عن العربون.

وعلى القول بضعف حديث النهي، فهي أقوال مُعارَضة بأقوال صحابة آخَرين.

قال ابن القيم: (إذا قال الصحابي قولًا، فإما أن يخالفه صحابي آخَر أو لا يخالفه: فإِنْ خَالَفه مِثله، لم يكن قول أحدهما حُجة على الآخَر...) [(٤)].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب البيوع والأقضية، باب العربان في البيع (٥/ ٧) برقم (٢٣١٩٩).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب البيوع والأقضية، باب العربان في البيع (٥/ ٧) برقم (٢٣١٩٧).

ومجاهد هو: أبو الحَجَّاج مجاهد بن جَبْر المكي، شيخ القراء والمفسرين في وقته، كان مُلازِمًا لابن عباس.

اختلفوا في تاريخ وفاته: فقيل: سنة (١٠٢هـ)، وقيل: سنة (١٠٣هـ)، وقيل: سنة (١٠٤هـ)، وقيل غير ذلك. انظر: «السِّيَر» للذهبي (٤/ ٤٤٩ وما بعدها).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٧٥).

وسعيد بن المسيب هو: أبو محمد سعيد بن المسيب بن حَزْن، القرشي المخزومي، سيد التابعين.

وُلِد في خلافة عمر بن الخطاب، كان أعلم أهل المدينة وأفقههم في زمانه، وإليه مرجع الفتوى، تُوفي بعد سنة (٩٠هـ). انظر: «السِّيَر» للذهبي (٤/ ٢١٧ وما بعدها).

(٤) «إعلام الموقعين» (٤/ ٩١). وابن القيم سبقت ترجمته.

٤- أن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم يَرِد مانع صحيح [١]، ولم يَرِد دليل صحيح يَمنع العربون.

أدلة القول الثالث:

أدلة القول الثاني السابقة جميعها تُعَد أدلة لهذا القول.

بالإضافة إلى تأقيت مدة الانتظار؛ احترازًا عن الغَرر الحاصل بسبب الجهالة في مدتها.

كما يُستدَل لهم بما رُوِي عن ابن سيرين [٢] أنه قال: قال رجل لكريه: (أَرْحِل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم) فلم يَخرج، فقال شُرَيْح [٣]: (مَن شَرَط على نفسه طائعًا غير مُكْرَه، فهو عليه).

وعن ابن سيرين أيضًا: إن رجلًا باع طعامًا، وقال: (إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع) فلم يجئ، فقال شُرَيْح للمشتري: (أنت أَخْلَفْتَ) فقضى عليه [٤].

---

(١) «فتاوى شيخ الإسلام» (٢٩/ ٣٤٦).

(٢) هو: أبو بكر محمد بن سيرين، الأنصاري البصري، من كبار التابعين، كان مولى لأنس بن مالك الصحابي. روى عن كثير من الصحابة.
اشتهر بالورع والعبادة وتعبير الرؤى. تُوفي سنة (١١٠هـ).
انظر «السِّيَر» للذهبي (٤/ ٦٠٦ وما بعدها).

(٣) هو: أبو أمية شُرَيْح بن الحارث بن قيس الكِنْدي، قاضي الكوفة بتولية عمر بن الخطاب. اشتُهر بـ(شَرْيَح القاضي) أدرك حياة النبيّ ولم يلقه. واختُلف في تاريخ وفاته.
انظر: «السِّيَر» للذهبي (٤/ ١٠٠-١٠٦).

(٤) أخرجه البخاري تعليقًا بصيغة الجزم، كتاب الشروط، باب ما يَجوز من الاشتراط (٣/ ١٩٨) قبل حديث رقم (٢٧٣٦).

الترجيح:

بعد استعراض الأقوال والأدلة نجد أن الأحاديث الواردة في إباحة بيع العربون والنهي عنه أحاديث متعارضة، ولا تخلو من ضعف؛ فتَسقط دلالة الإباحة ودلالة النهي المستقاة منها.

وبالرجوع إلى الأصول والقواعد الشرعية، نجد أقرب الأقوال إليها هو القول الثالث، وهو القول بجواز بيع العربون بشرط توقيت مدة الانتظار.

وبيان ذلك بما يأتي:

١- أنه يتماشى مع أصل عظيم، وهو أن الأصل في الشروط الصحة والجواز.

٢- أنه قد تَعارَف كثير من البلدان على بيع العربون، حتى تلك البلاد التي لا تَدين بمذهب الحنابلة. والعُرْف مُعتبَر إذا لم يعارضه نص.

٣- أن الحاجة إلى بيع العربون في هذا الزمن أكثر منها في أي وقت مضى؛ وذلك لاختلاف الأسعار، فقد تهبط السلعة فيَرُد المشتري السلعة ويتضرر البائع.

٤- أن تقييد جواز بيع العربون بما إذا وَقَّت العاقدان مدة الانتظار فيه دفع للضرر والنزاع بينهما. وهذا متوافق مع قواعد الإسلام في العقود والمعاملات.

٥- كما أن فيه دفعًا للجهالة في المدة؛ لأنه لو خلا عن هذا القيد لأفضى ذلك إلى قياسه على الخيار المجهول.

وبِناء على ذلك: يكون استثناء بيع العربون مع توقيت مدة الانتظار من عدم جواز اشتراط ما يعلق العقد استثناء صحيحًا؛ لِما تقدم.

سبب الاستثناء:

النص. وهو يتضح بجملة النصوص التي استَدل بها أصحاب الاستثناء [١].

كما يمكن عَدّ استصحاب البراءة الأصلية سببًا آخَر للاستثناء [٢] وهو براءة الذمة من التكاليف الشرعية، حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور؛ لأن الأصل في المعاملات الإباحة.

ويمكن عَدُّ العرف سببًا للاستثناء؛ لأن بيع العربون مما تعارفه الناس من دون نكير منهم، والعُرْف مُعتبَر إذا لم يعارضه نص [٣].

ويمكن عَدُّ المصلحة سببًا آخَر للاستثناء، وذلك يتضح في تقييد جواز بيع العربون بما إذا قَيَّد العاقدان مدة الانتظار بوقت؛ لِما فيه من مصلحة للمُتعاقدَين، ودفعًا للضرر، وقطعًا لدابر النزاع بينهما.

القاعدتان المرتبطتان بالاستثناء:

- يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الحاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) لأن الحاجة داعية إلى التعاقد بالعربون، وهي حاجة معتبرة مُؤَثِّرة في إباحة العربون؛ لأن في منعه ضيقًا يُفوِّت مطلوب الُمتعاقِدين، ويوقعهم في شيء من الحرج.

ثم إن هذه الحاجة تُعَدّ حاجة عامة لا تختص بالاحتياج إليها فئة من دون أخرى، والحاجة العامة ليس من شرط العمل بها تَعَيُّنها [٤].

---

(١) وهي لا تخلو من مقال كما تقدم، لكنني هنا أذكر كل ما يكون سببًا للاستثناء عند مَن يقول به.

(٢) انظر: «روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ٤٤٦).

(٣) انظر: «المنثور في القواعد الفقهية» للزركشي (٢/ ٣٨٠).

(٤) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٢٠٩-٢١٠).

- كما يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك)[١] والمقصود باليقين هو: جواز بيع العربون بِناء على الأصل، والشك هو في تحريمه؛ لأن مستنده ضعيف لا يقوى على معارضة دليل الأصل.

(١) انظر: المرجع السابق (١/ ٧٩).
وقد قَدَّمْتُ قاعدة: (الحاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) على القاعدة الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك) مع أنها متفرعة عنها؛ لأن قاعدة الحاجة هي أَلْيَق بموضوع الاستثناء، وأقرب من عموم قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك).

المبحث الرابع

المُستثنَيات في باب الخيار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار من ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

المطلب الثاني: استثناء تَعَذُّر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأرش لمن اشترى مَعيبًا لم يَعْلَم عيبه.

المطلب الأول

استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار من ثبوت خيار المجلس للمتبايعين

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم خيار المجلس

اختَلَف العلماء في خيار المجلس على قولين:

القول الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى إثبات خيار المجلس في البيوع. فإذا انعقد العقد بتلاقي القَبول والإيجاب، فإن العقد يقع جائزًا ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ويكون لكل منهما الخيار في فسخ العقد أو إمضائه [١].

القول الثاني: ذهب الحنفية والمالكية إلى لزوم عقود البيع بالقَبول والإيجاب، ولا يَملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد إلا برضا صاحبه، ولا يَثبت لهما خيار المجلس [٢].

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال**: «البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا،

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٣٢٩)، و«الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف» لابن قدامة (١١/ ٢٨١).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٤)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٥٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤١٠).

أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[١].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أَثْبَتَ للمُتبايعَين بعد انعقاد البيع بالإيجاب والقَبول الخيار في فسخ البيع أو إمضائه، من دون رضا الطرف الآخَر، ما داما في مجلس العقد، ولم يتفرقا بالأبدان، أو لم يُخيِّر أحدهما الآخَر[٢].

اعتُرِض عليه من وجهين:

الوجه الأول: أن المراد بالتفرق في الحديث هو التفرق بالأقوال لا الأبدان.

الوجه الثاني: أن المراد بالبَيِّعان في الحديث هما المتساومان قبل العقد[٣].

يجاب عنهما:

أولًا: أن ابن عمر رضي الله عنهما وهو راوي الحديث ومِن أهل الفقه وأهل اللسان كان إذا اشترى شيئًا، وحَصَل الإيجاب والقَبول، قام عن المجلس، ومشى قليلًا ثم رجع؛ وذلك ليَلزم العقد[٤].

بل إنَّ نَقْل ابن عمر يدل على أن هذا هو فَهْم الصحابة رضي الله عنهم، بل ذَكَر ابن حجر أنه لا يوجد مُخالِف لهذا الفَهْم من الصحابة[٥].

ويؤيد ذلك رواية البيهقي للحديث، وفيه: «حتى يتفرقا من مكانهما»[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا لم يُوَقِّت في الخيار، هل يَجوز البيع؟ (٣/ ٦٤) برقم (٢١٠٩).

(٢) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٢٠).

(٣) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤١٠).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب كم يَجوز الخيار؟ (٣/ ٦٤) برقم (٢١٠٧).

(٥) انظر: «فتح الباري» (٤/ ٣٣٠).

(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب البيوع، باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا =

ثم إن اللفظ لا يحتمل ما قالوه؛ إذ ليس بين المتبايعين تَفَرُّق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه.

ثانيًا: أن تفسير (البَيِّعان) بالمُتساومَين فيه إبطال لفائدة الحديث؛ لأن المُتساومَين قد عُلِم بالبداهة أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه. فهو تحصيلٌ حاصل وتفسير الحديث بها لا ثمرة له، وهو بعيد الاحتمال غير مقبول؛ لأن صاحب هذا القول مُنَزَّه عن لغو القول وسَقْطه الذي لا مرمى له [(١)].

٢- أن عقود البيع قِوامها التراضي، والرضا أساسه الاختيار الصحيح والموازنة بين منافع العقد ومغارمه، وهي عقود إذا أُبْرِمَتْ واستقرت لَزِمَتْ؛

لذلك كان لا بد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والروية، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد [(٢)].

أدلة القول الثاني:

١- **قوله تعالى**: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [(٣)].

وَجْه الاستدلال: أن الله أَمَر بالوفاء بالعقود، والخيارُ مُنافٍ لذلك؛ فإن الراجع عن العقد لم يَفِ به [(٤)].

= إلا بيع الخيار (٥/ ٤٤٥) برقم (١٠٤٤٩) من حديث عمرو بن شُعَيْب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

قال ابن المُلَقِّن في «البدر المنير» (٢/ ١٥٦): (وهذا إسناد صحيح إلى عمرو بن شُعَيْب على شرط مسلم) وقد سبقت ترجمة البيهقي.

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٣).

(٢) انظر: (المِلكية ونظرية العَقْد» لمحمد أبي زَهْرة (ص٢٠٩).

(٣) سورة المائدة: الآية (١).

(٤) انظر: «أحكام القرآن» للجَصَّاص (٣/ ١٣٣).

يجاب عن استدلالهم: بأن الآية أَمَرَتْ بالوفاء بالعقود عند لزومها. أما إذا كان العقد جائزًا كما في خيار المجلس، فلا يُؤْمَر العاقد بالوفاء به.

وقلنا ذلك جمعًا بين الأدلة؛ لأن الآية مُطْلَقة، وأدلة خيار المجلس مُقيِّدة لها، ولا يصار إلى الترجيح إذا أمكن الجمع بين الأدلة؛ لأن فيه إعمالًا لكلا الدليلين [١].

٢- **قوله تعالى**: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٢].

وَجْه الاستدلال: أن ظاهر الآية يقتضي حِل الأكل عند حصول التجارة عن تراضٍ، من غير تقييد بالتفرق عن مكان العقد. فتقييد حِل الأكل بالتفرق زيادة على النص ومُخصِّص لها بغير دليل. كما أن فيه إهمالًا للرضا الحاصل عند القَبول والإيجاب [٣].

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول: أن الآية نصت على شرط واحد من شروط البيع، وهو الرضا. ولا يعني ذلك أن الشروط الأخرى غير معتبرة من أدلة أخرى، كما هو حاصل بخيار المجلس.

الوجه الثاني: أن خيار المجلس مشروع للتأكد من تمام التراضي، فحينئذٍ لا تناقض بينهما [٤].

---

(١) انظر: «حاشية ابن الشاط على الفروق» (٣/ ٢٧٢)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٢١).

(٢) سورة النساء: الآية (٢٩).

(٣) انظر: «أحكام القرآن» للجَصَّاص (٣/ ١٣٤).

(٤) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٢)، و«الخيار وأثره في العقود» لأبي غُدَّة (ص١٤٤).

الراجح:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول الأقوى في هذه المسألة هو قول الشافعية والحنابلة؛ فالأحاديث صحيحة وصريحة في ثبوت خيار المجلس. وما ذَكَره المُخالِفون لا يَقْوَى على معارضة ما استَدل به أصحاب القول الأول.

ولهذا يقول ابن عبد البر:

(قد أكثر المتأخرون من المالكيين والحنفيين من الاحتجاج لمذهبهما في رد هذا الحديث- يعني حديث البَيِّعان بالخيار- بما يَطول ذكره، وأكثره تشغيب لا يُحصل منه على شيء لازم لا مَدْفَع له... وهذه ظواهر وعموم لا يُعترَض بمثلها على الخصوص والنصوص. وبالله التوفيق) (١).

***

(١) «التمهيد» (١٤/ ١١).

وابن عبد البر هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، النَّمَري القرطبي المالكي، أبو عمر.

من كبار حُفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بَحَّاثة. يقال له: حافظ المغرب.

وُلِد بقرطبة (٣٦٨هـ)، ورَحَل رحلات طويلة في غربي الأندلس وشرقيها. وولي قضاء أُشْبُونَة وشَنْتَرِين.

كان إمامًا دَيِّنًا، ثقة متقنًا، عَلَّامة متبحرًا، صاحب سُنة واتباع، وكان أولًا أثريًّا ظاهريًّا فيما قيل، ثم تَحَوَّل مالكيًّا مع ميل بَيِّن إلى فقه الشافعي في مسائل، ولا يُنْكَر له ذلك. وتُوفي بشاطبة سنة (٤٦٣هـ). انظر: «سِيَر أعلام النبلاء» للذهبي (١٨/ ١٥٧).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار:

يَرِد هذا الاستثناء على القائلين بخيار المجلس، فَهُم لم يُضَيِّقوا على المُتبايعَين بإلزامهما بالعقد بمجرد القَبول والإيجاب، ولم يُحرِّجوهما ويتركوا العقد مُعَلَّقًا بلا أمد ينتهي به، فاسْتَثْنَوْا صورًا عِدَّة يَسقط بها حقهما في الخيار ويكون العقد لازمًا.

وهي كالآتي:

الصورة الأولى: تَفرُّق المُتعاقدَين بالبدن: وقد اتفق الشافعية والحنابلة على هذه الصورة، فإذا تَفَرَّقَ المتعاقدان من المجلس ولم يَترك أحدهما البيع في أثناء المجلس، فقد لزم البيع وبَطَل خيار المجلس[(١)].

واستدلوا بمجموع الأحاديث التي نصت على أن المُتبايعَين بالخيار ما لم يتفرقا، ومنها حديث ابن عمر السابق.

قال ابن قدامة: (لا خلاف في أن البيع يَلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه)[(٢)].

سبب الاستثناء:

النص، وهو حديث ابن عمر الذي استَدل به جميع الفقهاء، وهو نص في المسألة.

---

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ١٧٩-١٨٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٤٠٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٢٨٢)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٢٠٠).

(٢) «المغني» (٣/ ٤٩٤).

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا آخَر للاستثناء؛ لأَنَّ جَعْل العقد معلقًا فيه ضرر على المُتعاقدَين جميعًا (١) فضَبْطه بالتفرق فيه مصلحة لهما بلزوم العقد وتَرَتُّب أثره عليه، كما أن فيه قطعًا للنزاع بينهما.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) لأن في تعليق العقد وإطالة أمده مشقة على المُتعاقدَين، والشريعة إنما جاءت للتيسير على المُكلَّفين ونَفْي الحرج والمشقة عنهم، لا سيما أن هذه المشقة عامة؛ لأن البيع والشراء حاجة عامة، واعتبار المشقة فيهما أمر لا يمكن إغفاله (٢).

الصورة الثانية: التخاير، والمراد به: اختيار المُتعاقدَين لزوم العقد في المجلس بأن يقولا: (اخترنا لزوم العقد)، أو (أمضيناه)، أو (ألزمناه) (٣).

فقد اختَلَف العلماء في هذه الصورة، هل يَبطل الخيار فيها أو لا؟ على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة: أن التخاير يُبْطِل الخيار (٤).

القول الثاني: وهو رواية عن الإمام أحمد: عدم إبطال الخيار بالتخاير، بل يمتد الخيار إلى التفرق بالأبدان (٥).

---

(١) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٣٢).

(٢) «المنثور» للزركشي (٣/ ١٦٩).

(٣) «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦).

(٤) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٤٠٧)، و«المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦).

(٥) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦)، و«الإنصاف للمَرْداوي مع المقنع والشرح الكبير» (١١/ ٢٨٣).

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن ابن عمر ﵄، أن رسول الله ﷺ قال:** «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا، أو يُخيِّر أحدهما الآخَر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يَترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»(١) وهو ظاهر في لزوم البيع بالتخاير(٢).

اعتُرض عليه من وجهين:

الوجه الأول: أن التخاير لم يَرِد إلا في حديث ابن عمر. وأكثر الروايات ليس فيها ذكر التخاير(٣).

الجواب عنه من وجهين:

أولًا: لا نُسَلِّم أن التخاير لم يَرِد إلا في حديث ابن عمر!

فقد رواه أبو هريرة(٤) ....

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا خَيَّر أحدهما صاحبه بعد البيع، فقد وجب البيع (٣/ ٦٤) برقم (٢١١٢) وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٣/ ١١٦٣) برقم (١٥٣١) كلاهما من طريق قُتَيْبة، عن الليث، عن نافع، عن ابن عمر.

(٢) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٣٠-٣٣٣).

وحَمْل الحديث على التخاير الذي بيناه- هو رأي جمهور العلماء كما ذَكَر ابن حجر.

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٥).

(٤) روى أبو داود الطيالسي في «مسنده» قال: حدثنا يونس، حدثنا أيوب بن عُتْبَة، عن أبي كَثير الغُبَرِيّ، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : «البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما خيارًا». (٤/ ٢٩٥) برقم (٢٦٩١). والحديث ضعيف؛ لضعف أيوب بن عُتْبَة، قال أحمد: (مضطرب الحديث عن يحيى بن أبي كثير، وفي غير يحيى على ذاك)، وقال فيه =

وابن عباس [(١)] وجابر بن عبد الله [(٢)]، فهذه الأحاديث وإن كانت لا تخلو من ضعف، إلا أنها بمجموعها تَشهد لحديث ابن عمر المتفق على صحته على جواز التخاير في مجلس العقد.

ثانيًا: سَلَّمْنا جدلًا انفراد رواية ابن عمر بالتخاير، فإن انفراده ليس كافيًا في رد روايته، والشذوذ وزيادة الثقة لا يُعتبَران في زيادة بعض الصحابة رضي الله عنهم على بعض، وإنما يعتبران في زيادة مَن يَروي عنهم من التابعين فمَن بعدهم. ولم ينفرد نافع [(٣)]

= يحيى بن مَعين: (ليس بشيء) «الجَرْح والتعديل» لابن أبي حاتم (٢/ ٢٥٣). وقال عنه أبو زُرْعَة: (ضعيف). «الضعفاء» لأبي زُرْعَة (٢/ ٥٤٩).

(١) روى أبو داود الطيالسي في «مسنده» (٤/ ٣٩٨» برقم (٢٧٩٧) قال: حدثنا سليمان بن معاذ، عن سِمَاك، عن عِكْرمة، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ بايع رجلًا، فلما بايعه قال: «اخْتَرْ» ثم قال رسول الله ﷺ: «هكذا البيع».

و(سليمان بن معاذ) ضعيف، قال عنه ابن مَعين: (ليس بشيء). «الضعفاء الكبير» للعُقَيْلي (٢/ ٤٣٦)، وقال ابن القيسراني في «ذخيرة الحفاظ»: (في حديثه نُكْرة) (٤/ ٢٤٦٨)، وقال عنه ابن القطان: (ضعيف) «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٥٢٤) وقال عنه ابن حجر: (سيئ الحفظ) «التقريب» (١/ ٢٥٣).

(٢) روى ابن ماجه في «سُننه» قال: حدثنا حرملة بن يحيى، وأحمد بن عيسى المصريان، قالا: حدثنا عبد الله بن وهب قال: أخبرني ابن جُرَيْج، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب- حِمْل خَبَطٍ، فلما وجب البيع، قال رسول الله ﷺ: «اخْتَرْ» فقال الأعرابي: عَمْرَكَ اللهَ بَيِّعًا.

انظر «السُّنن» كتاب التجارات، باب بيع الخيار (٢/ ٧٣٦) برقم (٢١٨٤).

وأخرجه الترمذي في البيوع (٣/ ٥٤٣) برقم (١٢٤٩) وقال: حديث صحيح غريب.

وأخرجه الحاكم في «المستدرك» في كتاب البيوع (٢/ ٥٦) برقم (٢٣٠٦) وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يُخرِّجاه.

(٣) هو: أبو عبد الله نافع، المدني الإمام، المفتي، الثَّبْت، عالم المدينة. =

بروايته عن ابن عمر حتى يقال: (لا يُقْبَل ما تَفَرَّدَ به نافع) فقد رواه عن ابن عمر: نافع [(١)] وعبد الله بن دينار [(٢)] وروايتهما في «الصحيحين».

ولذلك يقول ابن حجر: (الذي يَبحث فيه أهل الحديث في هذه المسألة- إنما هو في زيادة بعض الرواة من التابعين فمَن بعدهم. أما الزيادة الحاصلة على صحابيّ آخَر إذا صح السند إليه، فلا يختلفون في قَبولها) [(٣)].

= وهو من أئمة التابعين، كان كثير الرواية للحديث، ثقة، لا يُعْرَف له خطأ في جميع ما رواه!

وهو فارسي الأصل على الأرجح، أصابه عبد الله بن عمر صغيرًا في بعض مغازيه، ونشأ في المدينة، وأَرْسَله عمر بن عبد العزيز إلى مصر؛ ليُعَلِّم أهلها السُّنن. تُوفي سَنة سبع عَشْرة ومئة.

انظر «السِّيَر» للذهبي (٥/ ٩٥-١٠١).

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا لم يُوَقِّت في الخيار، هل يَجوز البيع؟ (٣/ ٦٤) برقم (٢١٠٩).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعَين (٣/ ١١٦٣) برقم (١٥٣١).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يَجوز البيع (٣/ ٦٤) برقم (٢١١٣).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعَين (٣/ ١١٦٤) برقم (١٥٣١).

وابن دينار هو: الإمام، الـمُحَدِّث، الحُجَّة، عبد الله بن دينار، أبو عبد الرحمن العدوي، العُمَري، مولاهم، المدني.

وقد وَثَّقَه جماعة، حَدَّث بنحو مئتي حديث. تُوُفِّي سنة سبع وعشرين ومئة.

«سِيَر أعلام النبلاء» للذهبي (٥/ ٢٥٤-٢٥٥).

(٣) «النكت على كتاب ابن الصلاح» (٢/ ٦٩١-٦٩٢) وقد سبقت ترجمة ابن حجر.

الوجه الثاني: أن المراد بقوله: «أو يُخيِّر أحدهما الآخَر»: أي: فيَشترطا الخيار مدة معينة، فلا ينقضي الخيار بالتفرق، بل يبقى حتى تَمضي المدة [(١)].

يجاب عنه: بأن حَمْل الحديث على التخاير هو أقرب من تفسيرهم؛ لأنه أقل في الإضمار [(٢)].

قال ابن حجر:

(وقد اختلَف العلماء في المراد بقوله في حديث مالك: «إلا بيع الخيار»:

فقال الجمهور، وبه جَزَم الشافعي: هو استثناء من امتداد الخيار إلى التفرق، والمراد أنهما إن اختارا إمضاء البيع قبل التفرق، لزم البيع حينئذٍ وبَطَل اعتبار التفرق. فالتقدير: إلا البيع الذي جرى فيه التخاير).

ثم قال: (ورواية الليث ظاهرة جدًّا في ترجيحه) [(٣)].

وقال النووي:

(واتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول- وهو التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس- وهو المنصوص للشافعي ونقلوه عنه، وأَبْطَل كثير منهم ما سواه، وغَلَّطُوا قائله) [(٤)].

---

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٢٢).

(٢) انظر: «نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٢٢).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٣).

والليث هو: الإمام، الحافظ، شيخ الإسلام، وعالم الديار المصرية، أبو الحارث، الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفَهْمِيّ. وُلِد في سنة أربع وتسعين، بقرية قَرْقَشَنْدَة بمصر. رَوَى عنه خَلْق كثير، وقد رَوَى الليث إسنادًا عاليًا في زمانه. تُوفي سنة خمس وسبعين ومئة.

انظر: «سِيَر أعلام النبلاء» (٨/ ١٣٦ وما بعدها).

(٤) «شرح مسلم» (١٠/ ١٧٤).

٢- ولأن الخيار حق للعاقدَين، فإذا اختار العاقدان إمضاء البيع وإسقاط الخيار، بَطَل خيارهما ولزم البيع؛ لأن الحق لا يعدوهما.

دليل القول الثاني:

استدلوا بمجموع الأحاديث التي فيها أن المُتبايعَين بالخيار ما لم يتفرقا، من غير تقييد ولا تخصيص.

وأصحها ما جاء مرفوعًا إلى حَكيم بن حِزام رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا- أو قال: حتى يتفرقا- فإنْ صَدَقا وبَيَّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كَتَما وكَذَبا مُحِقَتْ بركة بيعهما»(١). وأكثر الروايات هكذا مِن دون ذكر التخاير.

وقد سبق الجواب عن استدلالهم باعتراضهم على الدليل الأول لأصحاب القول الأول.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول، وهو إبطال الخيار بالتخاير، ويكون الاستثناء صحيحًا؛ لأن فيه جمعًا بين الأدلة، ولمناقشتهم دليل القول الثاني بما لا يَدَع فيه مُستمسَكًا.

سبب الاستثناء: النص، وهو يتضح بمجموع النصوص التي ورد فيها ذكر التخاير.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا بَيَّن البَيِّعان، ولم يَكتما ونَصَحا (٣/ ٥٨) برقم (٢٠٧٩).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان (٣/ ١١٦٤) برقم (١٥٣٢).

ويمكن عَدُّ المصلحة سببًا آخَر للاستثناء؛ لأن اعتبار التفرق بالبدن إنما هو لمصلحة العاقدَين للتأكد من تمام الرضا [(١)]، فإذا تخايرا بينهما قبل الافتراق كان تعليق العقد إلى الافتراق لا حاجة منه وتعطيل لهما؛ لأن لزوم العقد بالتخاير له مصلحة للمتعاقدَين بترتب أثر العقد عليه.

الصورة الثالثة: إسقاط الخيار ابتداءً، وتُسَمَّى هذه المسألة (التبايع بشرط نفي الخيار).

وقد اختَلف القائلون بخيار المجلس في هذه المسألة- على قولين:

القول الأول: وهو قول عند الشافعية [(٢)]، والمشهور عند الحنابلة [(٣)]- : إسقاط الخيار لمن أسقطه ابتداءً.

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن إسقاط الخيار ابتداءً لا يُسْقِط الخيار. وهم مختلفون في بطلان البيع على قولين، والصحيح بطلانه [(٤)].

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء في الحديث السابق عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال:** «إذا تَبايَع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا، أو يُخيِّر أحدهما الآخَر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع...»[(٥)].

---

(١) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ١٣٠).

(٢) انظر: «الوسيط» للغزالي (٣/ ٩٩-١٠٠)، و«المجموع» للنووي (٩/ ١٧٩)، و«روضة الطالبين» له أيضًا (٣/ ٤٣٨).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٢٠٠).

(٤) انظر: «المجموع» للنوويّ (٩/ ١٧٩).

(٥) سبق تخريجه.

فهو وإن كان المراد به التخاير في المجلس، فهو عامّ، يشمله ويشمل التخاير في ابتداء العقد، فهما في حُكْم واحد؛ لأن ما أَثَّر في الخيار في المجلس أَثَّر فيه مقارنًا للعقد، فكما يكون للعاقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه، فله التنازل عنه قُبَيْل التعاقد، قياسًا على خيار الشرط في جواز إخلاء العقد منهما.

٢- أن خيار المجلس حق للعاقدين، فإذا تراضيا على إسقاطه سَقَط (١).

دليل القول الثاني: أنه إسقاط للحق قبل سببه، فلم يَجز، كخيار الشُّفْعة (٢).

يجاب عنه: بأننا لا نُسَلِّم بأن سبب الخيار هو البيع مع التخاير، بل سببه البيع المطلق، ثم لو ثَبَت أنه سبب الخيار، لكان المانع مقارن له - وهو الإسقاط- فلم يَثبت حكمه. وأما الشفيع فإنه أجنبي من العقد، فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد، بخلاف مسألتنا (٣).

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول، وهو جواز اشتراط إسقاط الخيار. وهو يتمشى مع القواعد بأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، إلا ما ثَبَت النهي عن اشتراطه، أو كان اشتراطه يؤدي إلى الوقوع في محذور شرعي، ولا محذور هنا، فيكون الاستثناء صحيحًا.

سبب الاستثناء:

النص، وهو حديث ابن عمر السابق، بوصفه عامًّا يشمل ما كان قُبَيْل العقد وما كان مُقارِنًا له.

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦)، و«الخيار وأثره في العقود» لأبي غُدَّة (ص١٦٨).

(٢) انظر: «المجموع» للنوويّ (٩/ ١٧٩).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٣٦).

كما يُعَدّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو قياس إسقاط خيار المجلس ابتداءً على خيار الشرط في جواز إخلاء العقد عنه.

الصورة الرابعة: موت أحد العاقدَين:

اختَلَف الفقهاء في بطلان خيار مَن مات من العاقدَين قبل التفرق- على قولين:

القول الأول: وهو المذهب عند الشافعية [(١)]، وقول في مذهب الحنابلة [(٢)]-: انتقال الخيار بالموت إلى الوارث.

القول الثاني: وهو قول في مذهب الشافعية [(٣)]، والمشهور من مذهب الحنابلة[(٤)]: سقوط الخيار بالموت ولزوم البيع [(٥)].

---

(١) انظر: «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٠٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٤٤١).

(٢) انظر: «الإنصاف للمَرْداوي مع المقنع والشرح الكبير» (١١/ ٢٧٥).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٤٤١).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٦)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٣٧)، و«كشاف القناع» له أيضًا (٣/ ٢١٠).

(٥) **واستثنى الحنابلة حالة واحدة**، وهي ما إذا كان الميت طَالَب به قبل موته، فحينئذٍ يُورَث الخيار، قياسًا على الشُّفعة وحَدّ القذف.

قال أحمد:

(الموت يَبطل به ثلاثة أشياء: الشُّفْعَة، والحَدّ إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشتَرط الخيار، لم تكن للورثة. هذه الثلاثة أشياء إنما هي بالطلب، فإذا لم يَطلب فليس يجب، إلا أن يُشْهِدَ أني على حقي من كذا أو كذا، أو أني قد طلبتُه، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به).

انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٧٩)، و«المبدع» لابن مفلح (٤/ ٧٥).

أدلة القول الأول:

١- لأنه حق أعطاه الشارع لكل واحد من المُتعاقدَين ما داما في المجلس، والحقوق تُورث كما يُورث المال؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [(١)].

فهي تشمل كل متروكاته من أعيان أو منافع أو حقوق [(٢)]، بدليل قول النبي ﷺ: «مَن تَرَك مالًا فلورثته» [(٣)].

قال في «فيض القدير»: («ومَن ترك مالًا» يعني حقًّا، فذِكْر المال غالبيّ؛ إذ الحقوق تُورث كالمال) [(٤)].

٢- قياس خيار المجلس على خيار العيب، فكلاهما حق لازم ثابت في البيع بحكم الشرع، ولا خلاف في انتقال خيار العيب بالموت، فكذلك خيار المجلس.

٣- القياس على خيار الشرط، فكما أن خيار الشرط يُورث، فكذلك خيار المجلس [(٥)].

---

(١) سورة النساء: الآية (١٢).

(٢) «المنثور» للزركشي (٢/ ٥٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الكفالة، باب الدَّيْن (٣/ ٩٧) برقم (٢٢٩٨).

وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض، باب مَن تَرَك مالًا فلورثته (٣/ ١٢٣٧) برقم (١٦١٩) من حديث أبي هريرة.

(٤) «فيض القدير» للمُنَاوي (٣/ ٤٨).

(٥) انظر: «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٠٥)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٠٦).

أدلة القول الثاني:

١- لأن خيار المجلس يَبطل بالتفرق، والتفرق بالموت أعظم الفُرقتين [(١)].

٢- ولأنه حق فسخ لا يَجوز الاعتياض عنه فلم يورث، كخيار الرجوع في الهبة [(٢)].

٣- ولأن الرغبة في المبيع وعدمها لا تُعْلَم إلا من جهته كعلمه وقدرته، وانتقال ذلك إلى الوارث لا يُتصور [(٣)].

الراجح:

المسألة تتجاذبها أدلة الفريقين لعدم وجود نص في المسألة، لكن النفس تَطمئن إلى القول الأول، بالنظر إلى عمومات النصوص التي استدلوا بها، والنفس تركن إلى النصوص ما لا تركن إلى غيرها.

وبِناء على ذلك: يكون الاستثناء غير صحيح على الراجح.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بعموم النصوص التي استَدل بها أصحاب القول الأول.

كما يُعَدّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر بقياسهم خيار المجلس على خيار العيب والشرط- في انتقاله إلى الورثة بالموت.

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٣/ ٤٨٥).

(٢) «المبدع» لابن مفلح (٤/ ٧٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٢١٠).

(٣) انظر: «الفروع» لابن مفلح (٦/ ٢٢٦)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٣٧)، و«الخيار وأثره في العقود» لأبي غُدة (ص١٧١).

الصورة الخامسة: التصرف في المبيع زمن الخيار:

اختَلَف القائلون بخيار المجلس في التصرف في المبيع زمن الخيار، هل يُبْطِل الخيار أو لا؟ على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الحنابلة: التفريق بين تصرف المشتري وتَصَرُّف البائع على النحو الآتي:

- إذا تصرف المشتري تصرفًا يختص بالمِلك، كوقف المبيع، وركوب الدابة لحاجته أو سفره، أو سكنى الدار. فهذا يُبْطِل الخيار؛ لأن الخيار يَبطل بالتصريح بالرضا وبدلالته.
- أما إذا كان التصرف اختبارًا للمبيع، كركوب الدابة ليُنظَر سيرها، وحَلْب الشاة ليُعْلَم قدر لبنها. فهذا لا يَبطل به الخيار؛ لأن ذلك هو مقصود الخيار وهو اختبار المبيع.
- أما البائع، فإذا تَصَرَّفَ في المبيع بما يَفتقر إلى المِلك، كان ذلك فسخًا للبيع؛ لأن تصرفه في المبيع اختيار له [1].

القول الثاني: وهو الراجح من مذهب الشافعية: أن التصرف في المبيع زمن الخيار لا يَقطع الخيار [2].

---

(١) **وعن أحمد رواية أخرى فيما إذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى المِلك**: أن البيع لا ينفسخ؛ لأن المِلك انتقل عنه، فلم يكن تصرفه استرجاعًا له. كمن وَجَد ماله عند مفلس فتَصَرَّفَ فيه.

انظر: «المغني» لابن قدامة (٣/ ٣٨٧-٣٨٨)، و«الشرح الكبير، لأبي الفرج بن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٣١٧-٣١٨)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٤٠).

(٢) انظر: «الوسيط» للغزالي (٣/ ١١٧-١١٨)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٢٤)، و«حاشية الشَّرْوَانِي والعَبَّادِي على تحفة المحتاج» (٤/ ٣٣٧)، و«نهاية المحتاج» للرمليّ (٤/ ٧)، و«حاشية الجَمَل» (٣/ ١١٨).

ولم أجد مَن استَدل له، لكن قد يُستدَل له عن طريق قاعدة الشافعية في العقود، وهي أن الرضا فيها لا يتبين إلا بالتصريح؛ ولذلك فإن التصرف في المبيع زمن الخيار ليس كافيًا في الدلالة على الرضا؛ ومِن ثَم لم يكن مؤثرًا في إبطال الخيار. وهذا تخريج على قولهم في بيع المعاطاة (١).

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول، وهو التفريق بين تصرف البائع والمشتري، والتفريق بين التصرف الذي يختص بالمِلك والتصرف الذي يُقصَد منه اختبار المبيع؛ لأن الرضا يُستدَل عليه بصريح القول، وما يدل عليه من الأفعال والتصرفات. وحَصْره بالقول تَحَكُّم لا دليل عليه، بل الدليل على عدم الحصر، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني (٢).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن العقود مبناها على الرضا؛ ولذلك فإن كل تصرف لا يدل عليه فإن مصلحة العاقدين تقتضي عدم اعتبار هذا التصرف. ومِن ذلك تصرف المشتري لتجربة المبيع؛ لأن في اعتباره إبطالًا للخيار وتضييقًا على المتعاقدَين، في حين لم يتحقق الرضا الذي بُنِيَتْ عليه العقود.

وفي المقابل، فإن التصرف الذي يدل على الرضا وهو التصرف الذي يختص بالمِلك، دالّ على الرضا، وتقتضي مصلحة العاقدين اعتباره والعمل بمقتضاه.

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني،

---

(١) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ١٧٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٥).

(٢) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٥٥).

لا بالألفاظ والمباني) المتفرعة عن القاعدة الفقهية الكبرى: (الأمور بمقاصدها)، وذلك واضح جلي في تفريقهم بين حكم تصرف المشتري في المبيع بغرض التجربة، وبين التصرف المختص بالمِلك. فالتصرف الأول يُبْطِل الخيار، والثاني لا يُبْطِله؛ لاختلاف القصد في التصرفين.

(وقاعدة الشريعة التي لا يَجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات.

فالقصد والنية والاعتقاد يَجعل الشيء حلالًا أو حرامًا، وصحيحًا أو فاسدًا، وطاعة أو معصية. كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، أو صحيحة أو فاسدة. ودلائل هذه القاعدة تَفُوت الحَصْر)[1].

---

(١) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٧٩).

وانظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٥٥).

المطلب الثاني

استثناء تَعَذُّر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأَرْش لمن اشترى مَعيبًا لم يَعْلَم عيبه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم أخذ الأرش [(١)] لمَن اشترى مَعيبًا لم يَعلم عيبه

تحرير محل النزاع:

١- إذا رضي الطرفان بالإمساك مع الأَرْش، جاز عند الفقهاء عامة [(٢)].

٢- إذا اختار المشتري الإمساك مع الأرش، ولم يَرْضَ البائع بذلك، فهو محل الخلاف هنا؛ إذ اختَلَف العلماء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب أبي حنيفة [(٣)] والشافعي [(٤)]، ورواية عند الحنابلة، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية [(٥)]: أن المشتري يُخيَّر بين الرد، والإمساك بلا أرش.

---

(١) ومعنى (الأرش): أن يُقَوَّم المبيع صحيحًا، ثم يُقَوَّم مَعيبًا، فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن. **مثاله:** أن يُقَوَّم المبيع صحيحًا بعَشَرة، ومَعيبًا بتسعة، والثمن خمسة عشر، فقد نقصه العيب عُشْر قيمته، فيُرجَع على البائع بعُشْر الثمن وهو درهم ونصف. «المغني» لابن قدامة (٤/ ١١١).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٩٥).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨٧-٢٨٨)، و«تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ٣١).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٤٧٨)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٢٥).

(٥) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩/ ٣٤٠)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (٤/ ٤١٠). وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى التفريق بين الحيوان والعَقَار والعُروض، على التفصيل الآتي:

أ) **فإن كان حيوانًا**، فلا خلاف عندهم أن المشتري يُخيَّر بين الرد وبين الإمساك بلا أرش [(١)].

ب) **وإن كان عَقارًا، فلا يخلو من ثلاث حالات:**

١) **أن يكون العيب يسيرًا**، فهذا لا يجب فيه الرد، ويجب للمشتري الأرش في المشهور عندهم. وقيل: يُرَد به.

ودليلهم:

أولًا: أن اليسير في العَقَار لا يَعيب إلا موضعه، ويُصْلَح ويزول، بحيث لا يبقى منه شيء، بخلاف غيره فيَعيب جميعه.

ثانيًا: ولأنها لا تنفك عن عيب، فلو رُد بيسير لأَضَر بالبائع وشَوَّه عقاره ونَقَص بقيمته.

ثالثًا: ولأن الدُّور تُشترَى للقُنْيَة، فيُتسامَح في عيبها اليسير، بخلاف غيرها.

٢) **أن يكون العيب متوسطًا**، فهذا لا يُرَد به ويُرْجَع بالأرش.

٣) **أن يكون العيب كثيرًا**، فيُخيَّر المشتري بين الرد وبين الإمساك مجانًا بلا أرش.

ج) **أما العُروض**، فهي تُرَد بالعيب اليسير عندهم. ومن باب أَوْلَى أن تُرَد بما فوقه. وقيل: إن العُروض كالدُّور في اليسير [(٢)].

---

(١) واستدلوا على ذلك بما سيَرِد في أدلة القول الأول.

(٢) انظر: «المقدمات الممهدات» لابن رشد (٢/ ١٠١)، و«بداية المجتهد» لابن رشد الحفيد =

ونوقش تعليل المالكية بما يأتي:

١- أن تفريقهم لا دليل عليه، وهو يخالف قاعدة العيوب في المبيعات.

٢- أنهم تناقضوا!! فمرة أجازوه ومرة منعوه. وهذا سبيل القول المرجوح، يَحصل فيه اضطراب وتناقض.

٣- أن التعليل الذي ذكروه على التفريق لا يُسَلَّم به كله.

القول الثالث: وهو المشهور من مذهب الحنابلة ومن مفرداتهم: تخيير المشتري بين الرد وبين الإمساك مع الأرش، ما لم يُفْضِ إلى الربا فيُمسِك مجانًا[١].

أدلة القول الأول:

١- القياس على المُصَرَّاة[٢] إذ خُيِّر فيها بين الإمساك من غير أَرْش، أو الرد[٣].

= (٣/ ١٩٥)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٣٤٤-٣٤٧)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤٣٥).

(١) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٢١٨)، و«المِنَح الشافيات» للبُهُوتي أيضًا (١/ ٤١١)، و«مَطالب أُولِي النُّهَى» (٣/ ١١٢).

(٢) وهو ثابت من حديث أبي هريرة رَضِوَاللَّهُعَنهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن اشترى شاة مُصَرَّاة، فهو بخير النظرين: إن شاء أَمْسَكها، وإن شاء رَدَّها وصاعًا من تمر، لا سَمْراء».

أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب النهي للبائع ألا يُحَفِّل الإبل والبقر والغنم وكل مُحَفَّلَة (٣/ ٧٠) برقم (٢١٤٩).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب حُكْم بيع المُصَرَّاة (٣/ ١١٥٩) برقم (١٥٢٤) واللفظ لمسلم.

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨٧-٢٨٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٤٨٧).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق؛ لأن المُصَرَّاة حَدَث فيها عيب عند المشتري حيث استَهلك لبنها، فكأنه أَخَذ أرش المعيب. بخلاف مسألتنا.

الوجه الثاني: أن المُصَرَّاة ليس فيها عيب، وإنما ثَبَت الخيار للتدليس والكذب والغش. وهذا نوع آخَر من الخيار (١).

١- أن البيع مبنيّ على التراضي، وقد لا يَرضى البائع بذلك، ومالُ المسلم لا يَحِل إلا بطِيب نفس منه، والأرش بمنزلة العقد الجديد؛ لأنه معاوضة عن الجزء الفائت فيفتقر إلى الرضا (٢).

٢- أن في هذا القول دفعًا للضرر عن الجانبين، والضرر يُزال، فهو دفع للضرر عن البائع بعدم إلزامه ما لا يريد، ودَفْع للضرر عن المشتري بتخييره بين الرد والإمساك. بخلاف القول الآخَر فهو إضرار بأحد الطرفين دون الآخَر (٣).

٣- أن الأرش إنما يَثبت فيما لا يمكن تداركه، كما لو تَلِفت العين. أما في حال عدم تلفها فيمكن تدارك الثمن ورَدّ العين، فلا حاجة للأرش؛ لئلا يكون من أكل المال بالباطل (٤).

٤- أن وَصْف الصحة والسلامة أعراض وأوصاف تابعة للمبيع، والأوصاف

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٠٣)، و«المبدع» لابن مفلح (٤/ ٨٩).

(٢) «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٩/ ٣٤٢-٣٤٣).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ٣١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٣٩).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨٩).

لا يقابلها شيء من الثمن على وجه الانفراد؛ لكونها تابعة للمبيع، والتابع تابع، ولا يُفْرَد بالحُكْم، والثمن عَيْن لا يُقابَل إلا بمثله؛ فلهذا لا يستحق الأرش على العيب[١].

٥- أن الرد هو الأصل، والأرش بدل عنه، ولا يصار للبدل مع وجود المبدل[٢].

اعتراض: إن الأصل في المعاملات: اللزوم وعدم الرد، إلا إذا امتنع الرد فيصار إلى الأرش.

يجاب عنه: بأنه بظهور العيب تَبَيَّنَ أن العقد لم يكن لازمًا؛ لثبوت خيار العيب[٣].

أدلة القول الثالث:

١- أنه ظَهَر على عيب لم يَعلم به، فكان له الأرش. كما لو تَعَيَّبَ عنده فإنه يَدفع أرشه، فكذلك إذا ظهر به عيب دَفَع البائع الأرش[٤].

يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق؛ لأن البائع قد لا يرضى بذلك، والبيع مبنيّ على التراضي.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق أيضًا، من جهة تَعَذُّر الرد في المقيس عليه، بخلاف مسألتنا.

---

(١) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٣٥٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٣٩).

(٢) «الأرش وأحكامه» للعُبَيْدي (١/ ٥٠).

(٣) انظر: «تقرير القواعد وتحرير الفوائد» لابن رجب (١/ ١٩٩).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١١١).

٢- ولأنه فات عليه جزء من المبيع، وهو [١] مضمون على المشتري بثمنه، ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن، فكان له المطالبة بعوضه، كما لو اشترى عشرة أقفزة، فبانت تسعة [٢].

يناقش: بعدم التسليم؛ لأن الصفات أعراض، والثمن عين فلا يقابلها [٣].

٣- أن الأصل في المعاملات: الصحة واللزوم في حق المتعاقدَين. وظهور العيب لا يعطي البائع الحق في الفسخ إلا برضاهما، وإذا لم يَرْضَ المشتري بقي على لزومه، وإذا لزم فيَلزم تعويضه عن النقص الحاصل دفعًا للضرر عنه [٤].

يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه بظهور العيب تَبَيَّنَ أن العقد ليس بلازم؛ لثبوت خيار العيب للطرفين، فيَجوز لهما الإمضاء أو الفسخ.

الوجه الثاني: أن دفع الضرر عن أحدهما لا يتحقق بإيقاع الضرر على الآخَر بإلزامه بالأرش، والعدلُ أن يُدفَع الضرر عن الطرفين بتخييرهما بين الرد أو الإمساك بلا أرش [٥].

---

(١) أي: المبيع.

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١١/ ٣٧٧)، و«المبدع» لابن مفلح (٤/ ٨٧).

(٣) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٣٥٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٣٩).

(٤) انظر: «الأرش وأحكامه» للعُبَيْدي (١/ ٤٨).

(٥) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٣٥٦).

الراجح:

يترجح - والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين.

ولقربه من الأصل العظيم للعقود، وهو التراضي.

ولاتفاقه مع قاعدة (الضرر يُزال) لأن فيه دفعًا للضرر عن البائع والمشتري معًا.

وسبب الخلاف في المسألة- والله أعلم- هو: هل بظهور العيب تَبَيَّنَ أن العقد لازم للطرفين جميعًا؟ أو غير لازم لهما جميعًا؟ أو لازم لأحدهما -هو مَن تَبَيَّنَ أن العيب في عوضه- من دون الآخَر؟

أما الاحتمال الأول- وهو كونه لازمًا لهما جميعًا- فهو غير وارد؛ لأن العيب يَثبت به الخيار بلا خلاف [(١)].

وأما الاحتمال الثاني- وهو أنه غير لازم لهما جميعًا- فهو منحى أصحاب القول الأول.

وأما الاحتمال الثالث- وهو لزومه لمن كان العيب في عوضه، ثمنًا كان أو مثمنًا،وعدم لزومه للطرف الآخَر-، فهذا منحى أصحاب القول الثالث.

ولعل من أسباب الخلاف أيضًا: الخلاف في الرد بالعيب، هل هو رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ قولان للعلماء [(٢)].

***

---

(١) انظر: «بداية المجتهد» لابن رُشْد (٣/ ١٩١).

(٢) انظر: «تقرير القواعد وتحرير الفوائد» لابن رجب (١/ ١٦٨).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تَعَذُّر رد المبيع

يَرِد هذا الاستثناء على قول الحنفية والشافعية، القائلين بتخيير المشتري بين الرد والإمساك إذا وَجَد في المبيع عيبًا لا يَعلمه، واسْتَثْنَوْا ما إذا تَعَذَّرَ رد المبيع لفواته بموت أو تلف، فأجازوا للمشتري أخذ أرش النقص من البائع. وأهل العلم متفقون على هذه الصورة، وهو استثناء باعتبار قول الحنفية والشافعية في المسألة السابقة [(١)].

ودليلهم على ذلك: أن حق الرجوع بالنقصان هو كالخُلْف عن الرد، فإذا تَعَذَّر الرد وهو الأصل، فإنه يصار إلى البدل وهو الأرش [(٢)].

وبهذا يكون الاستثناء صحيحًا باتفاق أهل العلم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أَنَّ تَعَذُّر رد المبيع إنما يكون لسبب يَمنع رده، كموت المبيع أو تلفه، وفي هذه الحالة يكون رده إضرارًا بالبائع، وفي إمساك المشتري للمبيع بلا أرش ضرر عليه أيضًا، فجاءت الشريعة لتَرفع الضرر عن جميعهم بما يَكفل مصلحة العاقدَين، فيُعوَّض المشتري بقدر العيب الذي في المبيع.

القاعدة الفقهية المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) فالشريعة رَفعت الضرر عن البائع بعدم إلزامه بقَبول المبيع المعيب التالف، ورَفعت الضرر

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨٣)، و«تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ٣٥)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٥٨)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤٤٣)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٢٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٤٧٤)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٢٣)، و«المحرر» لمجد الدين ابن تيمية (١/ ٣٢٥).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨٩)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٥٨).

عن المشتري بعدم إلزامه بإمساك المبيع المعيب التالف مجانًا، فجَعلت للمشتري أرش النقص في المبيع يتحمله البائع تعويضًا عن العيب الذي في المبيع [١].

(١) انظر: «الموافقات» للشاطبي (٣/ ١٨٥)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٦٥).

المبحث الخامس

المُستثنَيات في باب الربا والصرف

وفيه مطلب واحد، وهو:

استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المُزابَنة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المُزابَنة، وبيان حُكْمها

أصل المُزابَنة في اللغة: من الزَّبْن وهو الدفع، يقال: (حَرْب زَبُون) أي: يَدفع بعضها بعضًا كثرة. و(رجل ذو زَبُّونة) إذا كان مانعًا لجانبه دَفُوعًا عن نفسه [(١)].

ومنه (الزبانية) الذين يَدفعون بأهل النار إلى النار.

المزابنة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية: بأنها بيع الثمر على رءوس النخل بالتمر خَرْصًا [(٢)].

وعند المالكية: هي بيع مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه في الطعام وغيره[(٣)].

---

(١) انظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس (ص٤٤٧)، و«القاموس المحيط» للفيروز آبادي (ص٥٥٢)، مادة (زبن) في كليهما.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٨٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٣٦٨).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ١٠٧).

وعند بعضهم: بيع الرطب بالتمر الجاف [١].

وعند الشافعية: هي بيع الرطب على النخل بتمر [٢].

وعند الحنابلة: هي بيع الرطب على النخل بالتمر [٣].

وعلاقة المعنى اللغوي بتعريف الفقهاء: أن كل واحد من المتبايعَين المختلفَين يريد دفع العقد عن نفسه لِما فيه من الغَبْن [٤].

وهذه المعاني متقاربة فيما بينها، إلا أن المالكية توسعوا قليلًا وجعلوها عامة في كل مجهول.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم بيع المُزابَنة، ونَقَل الاتفاق على ذلك ابن المنذر وقال: (ولا أعلمهم يختلفون أن بيع ذلك- المُزابَنة- غير جائز، إلا شيئًا يُرْوَى عن ابن عباس[٥] أَنْكَره أحمد بن حنبل، إلا في العرايا) [٦].

ووافقه على ذلك النووي [٧] [٨] **وشيخ الإسلام ابن تيمية** [٩].

ونصوص المذاهب زاخرة بمثل ذلك!!

---

(١) انظر: «الكافي» لابن عبد البر (ص٣١٣)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢١٧).

(٢) «مغني المحتاج» (٣/ ٤٧).

(٣) «الروض المُرْبِع» للبُهُوتي ٤/ ٥٠٩)، وانظر «المغني» (٦/ ١٢١).

(٤) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٧).

(٥) سيأتي الكلام عليه.

(٦) «الإشراف» (٦/ ٣١)، و«الإجماع» (ص٥٢).

(٧) انظر «المنهاج» للنووي (١٠/ ١٨٨).

(٨) سبقت ترجمته.

(٩) انظر: «مجموع الفتاوى» (٢٠/ ٣٥٠).

فقد جاء في «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» ما نصه: (لأن بيع المُزابَنة لا يَجوز كيفما كان...) (١).

وجاء في «بداية المجتهد»: (فعلى مذهب مالك: الرخصة في العَرِيَّة إنما هي في حق المُعْرِي فقط، والرخصة فيها إنما هي استثناؤها من المُزابَنة، وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه) (٢).

وقال في «مغني المحتاج»: (ولايصح... ولا الرطب على النخل بتمر، وهو المُزابَنة) (٣).

وجاء في «المغني»: (ولنا أن النبي ﷺ نَهَى عن المُزابَنة...) (٤).

واستدلوا على التحريم بما يأتي:

١- **ما جاء من حديث أبي سعيد الخُدْري،** أن رسول الله ﷺ نهى عن المُزابَنة والمُحاقَلة (٥).

---

(١) «حاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق» (٤/ ٣٦٩).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد (٢/ ٢١٧).

(٣) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٧).

(٤) «المغني» لابن قدامة (٦/ ١٢١).

(٥) **متفق عليه، واللفظ للبخاري:**

وقد أخرجه البخاري في كتاب البيوع، وقول الله ﷻ: ﴿وأحل الله البيع﴾ باب بيع المُزابَنة (٢/ ٧٦٣) برقم (٢٠٧٤).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، برقم (١٥٣٩).

والمُحاقَلة: مأخوذة من الحقل، وهو الزرع، وهي اكتراء الأرض بالحنطة. وقيل: هي بيع الحَب في سُنبله. انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (١/ ٤١٦).

ومثله عن أبي هريرة، وابن عباس، وعبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم.

٢- **ولشبهة الربا**؛ لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه، مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل. بل صَرَّح الشافعية بأن ذلك ربا، وهو مقتضى قاعدة الربا، وهي الجهل بالتساوي، كالعلم بالتفاضل (١).

وأما ما جاء عن ابن عباس من عدم تحريمه للمُزابَنة، فيجاب عنه بأمرين:

الأول: أن قول ابن عباس في المُزابَنة مبنيّ على قوله في جواز ربا الفضل. وقد ثَبَت رجوعه عن قوله ذلك لَمَّا راجعه أبو سعيد الخُدْرِيّ (٢) رضي الله عنه بل استغفر الله منه وعَدَّه ذنبًا أذنبه. وحكاه غير واحد من أهل العلم (٣).

الثاني: على فرض عدم ثبوت رجوع ابن عباس، فإن إجماع التابعين رحمهم الله بعده يَرفع قوله (٤).

---

(١) «تحفة المحتاج» للهيتمي (٤/ ٤٧١).

(٢) **جاء في «التلخيص الحبير»** (٣/ ٢١) أن أبا سعيد الخُدْري رضي الله عنه مشى إليه، فقال: يا بن عباس، إلى متى تُؤكِّل الناس الربا؟! أَصَحِبْتَ رسول الله ﷺ ما لم نَصحب؟! أَسَمِعْتَ منه ما لم نَسمع؟! فقال: لا، ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة» فقال: والله لا آواني وإياك ظل بيت ما دمتَ على هذا القول!!

(٣) **قال جابر بن زيد** رحمه الله : ما خرج ابن عباس رضي الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة. فإن لم يَثبت رجوعه، فإجماع التابعين رحمهم الله بعده يَرفع قوله.

وقال محمد بن سيرين: كنا في بيت ومعنا عكرمة، فقال رجل: يا عكرمة، تَذْكُر ونحن في بيت فلان، ومعنا ابن عباس، فقال: إنما كنتُ استحللتُ الصرف برأيي، ثم بَلَغني أنه ﷺ حَرَّمه، فاشهدوا أني حَرَّمْتُه وبَرِئْتُ منه إلى الله.

انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١١٠-١١٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ١٢٣)، و«نَيْل الأوطار» (٥/ ١٦٣)، و«نَصْب الراية» (٤/ ٣٧).

(٤) «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٢٣)، و«روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ١٤٩).

الراجح: هو صحة الإجماع على تحريم المُزابَنة؛ وذلك لِما أجبتُ عنه في مخالفة ابن عباس.

***

الفرع الثاني: تعريف العرايا والتحقيق في استثنائها

العَرِيَّة في اللغة: هي النخلة يُعْرِيها صاحبها رجلًا محتاجًا، فيَجعل له ثمرها عامًا، فيَعْروها، أي: يأتيها. فكأن هذا الرجل لما وَهَب ثمرتها لغيره، أَفْرَدها عن بقية النخل بحكم تعريتها. وأصلها خُلُوّ الشيء عن الشيء [١].

العرية في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية: بأن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل، ثم يشق على المُعْرِي دخول المُعْرَى له في بستانه كل يوم، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخَرْص بدله [٢].

وعند المالكية: أن يهب الرجل رجلًا ثمرةً، فيقبضها المُعطَى، ثم يريد المُعطِي شراء تلك الثمرة منه بخَرْصها تمرًا إلى الجذاذ [٣].

وعَرَّفها الشافعية بأنها: بيع الرُّطَب على النخل أو العنب في الشجر خَرْصًا بتمر

---

(١) «الصحاح» للجوهري (ص ٦٨٤)، مادة (عرا، عرى) وانظر «مقاييس اللغة» لابن فارس (٤/ ٢٩٨) مادة (عروى).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٣٤٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٣٧٠).

والعرية بهذا التعريف جائزة عند أبي حنيفة، ليس لأنها مستثناة من المُزابَنة، وإنما هي من باب رجوع الواهب في هبته على صفة مخصوصة، وهو أن يعطي بدلها تمرًا بخرصها.

وهكذا قال ابن رشد في «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٩).

(٣) «الكافي» لابن عبد البر (ص٣١٥).

أو زبيب في الأرض كيلًا [(١)].

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: بيع الرطب في رءوس النخل خَرْصًا بمثله من التمر كيلًا [(٢)].

فنلحظ أن تعريف المالكية والشافعية والحنابلة للعرايا متقارب، إلا أن الإمام مالكًا رَحِمَهُ اللَّهُ قَصَرها على المُعَرِّي (رب البستان) وجَعَل الحق لا يَعْدوه.

بينما الإمامان- الشافعي وأحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ- جَعَلا الأمر أوسع من هذا.

أما الحنفية فقد جعلوا العَرِيَّة هي الهبة، وفيه شَبَهٌ من قول المالكية، والفرق بينهما أن الحنفية يقولون: يعطيه تمرًا مخروصًا مكان الذي رجع في هبته. أما المالكية فيقولون: إن صاحب الأرض أو البستان يَشتري ممن وهبه الثمر بتمر يخرصه له.

وذلك يخالف قول الشافعية والحنابلة؛ إذ يُجوِّزون اشتراء التمر بالثمر لمن احتاج، وليس في قولهم هبة أو عطية.

وقبل أن نَشرع في بحث المسألة، يَجدر بنا بيان محل الخلاف بين المذاهب:

فالحنفية بتعريفهم السابق للعَرِيَّة ليست هي العَرِيَّة التي وقع فيها الخلاف مع جمهور العلماء، إنما الخلاف- كما سيتبين- على الصورة التي عَرَّفها بها الجمهور؛ إذ الحنفية بتعريفهم السابق يُجيزون العَرِيَّة، كما أنهم يَمنعون العرية التي عناها الجمهور.

لذلك فإن الخلاف في المسألة على قولين:

القول الأول: جواز العَرِيَّة، وهي مستثناة من تحريم المُزابَنة. وهو مذهب جمهور

---

(١) انظر «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٧).

(٢) «الشرح الكبير» لابن قدامة (١٢/ ٦٣).

العلماء من المالكية [(١)] والشافعية [(٢)] والحنابلة [(٣)].

القول الثاني: تحريم العَرِيَّة. وهو مذهب الحنفية [(٤)].

أدلة القول الأول:

جملة الأحاديث التي نصت على استثناء العرايا والرخصة فيها، وهي:

١- ما جاء عن جابر رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر حتى يَطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا» [(٥)].

٢- ما جاء عن سهل بن أبي حَثْمَة [(٦)] أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورَخَّص في العَرِيَّة أن تباع بخَرْصها، يأكلها أهلها رُطَبًا» [(٧)].

---

(١) انظر: «الكافي» لابن عبد البر (ص٣١٥)، و«التمهيد» لابن عبد البر أيضًا (٢/ ٣٢٧).

(٢) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٧).

(٣) انظر: «الشرح الكبير» لابن قدامة (١٢/ ٦٣)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٩/ ٢٤٩).

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٩٣)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٤١٥).

(٥) **متفق عليه، واللفظ للبخاري**، وقد أخرجه في «صحيحه» (٢/ ٧٦٤)، في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة، برقم (٢٠٧٧).

وأخرجه مسلم (٣/ ١١٧٤) في كتاب البيوع، باب النهي عن المُحاقَلة والمُزابَنة، وعن المُخابَرة، وبيع الثمرة قبل بُدو صلاحها، وعن بيع المُعاوَمة، برقم (١٥٣٦).

(٦) هو: سهل بن أبي حَثْمَة بن ساعدة بن عامر بن عَديّ بن مَجْدَعَة بن حارثة، الأنصاري الأوسي. اختُلِف في اسم أبيه: فقيل: عبد الله. وقيل: عامر.

كان عمره عند وفاة النبي ﷺ سبع سنين أو ثماني سنين، مات بالمدينة، وقيل: إنه مات في أول خلافة معاوية رضي الله عنه. انظر: «الاستيعاب» (٢/ ٦٦١)، و«الإصابة» لابن حجر (٣/ ١٩٥).

(٧) **متفق عليه**: أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة (٢/ ٧٦٤) برقم (٢٠٧٩)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب إلا في العرايا (٣/ ١١٧٠) برقم (١٥٤٠).

٣- ما جاء عن زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أن رسول الله ﷺ رَخَّص في العرايا أن تباع بخَرْصها كيلًا»[١].

٤- ما جاء عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن رسول الله ﷺ «نهى عن المُزابَنة، والمُزابَنة: بيع الثمر بالتمر كيلًا، وبيع الزبيب بالكَرْم كيلًا». قال: وحدثني زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ رَخَّص في العرايا بخَرْصها»[٢].

٥- ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أن رسول الله ﷺ رَخَّص في بيع العرايا بخَرْصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة»[٣].

وَجْه الدلالة من الأحاديث: أن النبي ﷺ رَخَّص في بيع العرايا، وأن ذلك مُستثنًى من عموم النهي عن المُزابَنة؛ لأن الرخصة هي الحُكْم الثابت على خلاف الدليل لعُذْر.

وقد نوقشت هذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول: أن الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع الثمر بالتمر[٤].

---

(١) **متفق عليه:** أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المُزابَنة وهي: بيع الثمر بالتمر، وبيع الزبيب بالكَرْم، وبيع العرايا (٢/ ٧٦٣) برقم (٢٠٧٦)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (٣/ ١١٦٩) برقم (١٥٣٩).

(٢) **متفق عليه:** أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام (٢/ ٧٦٠) برقم (٢٠٦٤)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (٣/ ١١٧١) برقم (١٥٤٢).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (٣/ ١١٧١) برقم (١٥٤٢).

(٤) «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٨٢).

والدفع بالنَّسْخ هو أول ما يَلجأ له الحنفية عند تعارض الأدلة.

والجواب عنه: أن القول بالنَّسْخ مردود؛ لأن الرخصة بالعرايا متصلة بالنهي، والرخصة متأخرة عن النهي، فلا يصح القول بنَسْخ الترخيص؛ لأن المنسوخ لا يكون بعد الناسخ (١).

الوجه الثاني: أن المراد بالعرايا في الأحاديث هو العطية؛ ومِن ثَم لا يوجد استثناء (٢).

ويعضده المعنى في اللغة، ومنه ما قاله الشاعر في مدح الأنصار:

ليست بسَنْهاء ولا رُجَّبِيَّة (٣) ولكن عرايا في السِّنين الجوائحِ (٤)

أي أنهم كانوا يعرون في السِّنين الجوائح، أي: يَهَبُون. ولو كانت العرايا بمعنى البيع، لما امتدحهم الشاعر (٥).

والجواب عنه- أن العرايا ليس معناها الهبة والعطية؛ وذلك لثلاثة أمور:

١- أن الحديث قد عَبَّر بالترخيص، والمُرَخَّص من جملة ما حُرِّم، ولا تكون الرخصة إلا في شيء مُحَرَّم، ولو كانت العَرِيَّة بمعنى العطية لم يكن لقوله: «ورَخَّص بعد ذلك في بيع العَرِيَّة» فائدة ولا معنى؛ لأن العطية مباحة أصلًا. ثم إن الرخصة تقتضي تَقَدُّم حظر، وإنما يُتصوَّر في البيع لا في الهبة(٦).

---

(١) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٨٢)، و«فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٨٥).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٩٣)، و«شرح معاني الآثار» للطحاوي (٤/ ٣٠).

(٣) (**السَّنْهاء**): التي تَحمل سَنة وتُتْرَك أخرى. و(**الرُّجَّبِيَّة**): التي يُبْنَى تحتها لضعفها. «لسان العرب» (٢/ ٥٦٢).

(٤) البيت لسُوَيْد بن الصامت الأنصاري، قاله حينما كان يَمدح نخل الأنصار.
انظر: «لسان العرب» (١٥/ ٥٠) مادة (عرا)، و«غريب الحديث» لأبي عُبَيْد (١/ ٢٣١)، و«تاج العروس» (٣٦/ ٤٠٩).

(٥) «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٤١٦).

(٦) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٥/ ٢٠٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥٨).

٢- أن نصوص الأحاديث جَعلت العَرِيَّة بيعًا، والبيع يخالف العطية؛ إذ إن العطية بلا عِوَض. كما أن الرخصة جاءت في بيع العرايا، والمُستثنَى منه بيعٌ حقيقة، فكذلك المُستثنَى؛ لأن الأصل في الاستثناء أن يكون متصلًا(١).

٣- لو كان المراد بالعَرِيَّة الهبةَ، لما كان للتقييد بخمسة أوسق أو ما دونها فائدة؛ لأن العطية جائزة في القليل والكثير(٢).

أدلة القول الثاني:

استدلوا بعموم النصوص التي فيها النهي عن بيع المزابنة(٣)، وبعموم النصوص التي تُحرِّم الربا في أموال مُعيَّنة.

ومن ذلك: ما جاء عن عُبَادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُر بالبُر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والمِلح بالمِلح، مِثلًا بمِثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، فإذا اختَلفتْ هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»(٤) وبيع التمر بالثمر لا يَحصل فيه التساوي.

ويجاب عنه: بأن هذه الأحاديث قد جاء تخصيصها بأدلة القول الأول، والخاص مُقَدَّم على العام، ولو قُدِّر تعارض الحديثين وجب تقديم الأحاديث المُخصِّصة؛ جمعًا بينهما وعملًا بالنصين كليهما؛ لأن الذي نهى عن بيع التمر بالتمر هو الذي رَخَّص في بيع العرايا(٥).

---

(١) انظر: «عمدة القاري» للعيني (١١/ ٢٩٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٥/ ٢٠٢).

(٢) «الذخيرة» للقرافي (٥/ ٢٠٢).

(٣) سبق ذكرها في المسألة السابقة.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالوَرِق نقدًا (٣/ ١٢١١)، برقم (١٥٨٧).

(٥) انظر: «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ٣٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥٨).

كما أن مَن نَهَى عن بيع ما ليس عندك هو مَن أَذِن في السَّلَم، وهو بيع ما ليس عندك. ومَن قَبِل إحدى السُّنتين وتَرَك الأخرى، فقد تناقض (١).

كما استدلوا بدليل من القياس، وبيانه: أن العرايا فيها بيع الرطب بالتمر، من غير كيل في أحدهما، فلم يَجُز، كما لو كان على وجه الأرض (٢).

ويجاب عنه: بأن القياس لا يصار إليه مع وجود النص، فإذا ورد النص تَبَخَّر الرأي.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو صحة استثناء العرايا من تحريم المُزابَنة؛ وذلك لأن فيه جمعًا بين الأدلة، وإذا أمكن الجَمْع فإنه لا يصار إلى الترجيح (٣).

سبب الاستثناء: نصوص الأحاديث التي استَدل بها أصحاب القول الأول، التي بَيَّنَتِ استثناء العرايا من تحريم المُزابَنة.

القاعدتان المرتبطتان بالاستثناء:

جاءت الشريعة بتحريم ربا الفضل ومن ذلك المُزابَنة، ولَمَّا كان في عموم التحريم مشقة على الناس، جاءت السُّنة النبوية ورَخصت في بيع العرايا؛ لحاجة الناس إليه وتيسيرًا عليهم؛ لأن قاعدة الشريعة أن (المشقة تَجلب التيسير) ومن هنا جاء الاستثناء وَفْق هذه القاعدة (٤).

---

(١) انظر: «شرح ابن بطال على صحيح البخاري» (٦/ ٣١٣).

(٢) «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٤١٥).

(٣) وتقديم الجَمْع بين الأدلة عند التعارض هو مذهب جماهير العلماء، خلافًا للحنفية.

انظر: «شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٤/ ٦٠٩).

(٤) انظر: «قواعد ابن رجب» (١/ ٣٩٩).

وله ارتباط أيضًا بقاعدة: (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف) لأن ضرر المنع من العرايا أشدّ من ضرر المُزابَنة، فرَخَّص الشارع في العرايا دفعًا للضرر الأشد [(١)].

سبب الخلاف: هو تَعارُض العامّ والخاص، فالعامّ هو تحريم المُزابَنة وتحريم الربا، والخاص هو إباحة العرايا. فجماهير العلماء يرون تقديم الخاص على العامّ والجَمْع بين النصوص، وبِناءً عليه أباحوا العرايا.

أما الحنفية، فإن دعوى النَّسْخ عندهم مُقدَّمة على الجَمْع عند تعارض النصوص [(٢)].

---

(١) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ٢٦).

(٢) **ويدل على ذلك قول الطحاوي** رَحِمَهُ اللَّهُ **في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٣):**

(فإنْ حَمَلْنا معنى العَرِيَّة على ما قال مالك، ضَادَّ ما رُوِي فيها ما رُوِي في النهي عن بيع الرُّطَب بالتمر.

وإنْ حَمَلْناه على ما قال أبو حنيفة، اتفقت معانيها ولم تَتَضاد.

والأَوْلى بنا في صَرْف وجوه الآثار ومعانيها: صَرْفها إلى ما ليس فيه تضاد ولا مُعارَضة لسُنة بسُنَّة.

فقد ثَبَت بما ذَكَرْنا في معنى العرايا ما ذهب إليه أبو حنيفة، رحمة الله عليه) .

وانظر «إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ١٣٤).

المبحث السادس

المُستثنَيات في باب بيع الأصول والثمار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء البيع بشرط القطع في الحال، والبيع لمالك الأصل من النهي عن بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه.

المطلب الثاني: استثناء ما تُهْلِكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث من وجوب الضمان على البائع.

المطلب الأول

استثناء البيع بشرط القطع في الحال، والبيع لمالك الأصل

من النهي عن بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه [(١)] والزرع قبل اشتداد حَبه [(٢)]

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه، والزرع قبل اشتداد حَبه

اختَلَف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

---

(١) **يَحصل بُدُو الصلاح** بظهور النضج، ومبادئ الحلاوة، وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين، وذلك فيما لا يتلون، بأن يتموه ويَلين. وفيما يتلون بأن يَحْمَرّ أو يَصْفَرّ أو يَسْوَدّ.

وهذه الأوصاف وإن عُرِف بها بُدُو الصلاح، فليس واحد منها شرطًا فيه؛ لأن القِثَّاء لا يُتصوَّر فيه شيء منها، بل يستطاب أكله صغيرًا وكبيرًا. وإنما بُدُو صلاحه أن يَكبر بحيث يُجْنَى في الغالب ويؤكل، وإنما يؤكل في الصغر على الندور. وكذا الزرع، لا يُتصور فيه شيء منها. وبُدُو صلاحه باشتداد الحَب.

والعبارة الشاملة أن يقال: بُدُو الصلاح في هذه الأشياء ضرورتها إلى الصفة التي تُطلب غالبًا لكونها على تلك الصفة.

«روضة الطالبين وعمدة المفتين» للنووي (٣/ ٥٥٧-٥٥٨).

(٢) الفقهاء ﭬ يَجعلون حال الزرع مع الأرض كحال الثمار مع الأشجار، والكلام فيهما واحد؛ لذلك سأقتفي طريقتهم منعًا للتَّكرار.

انظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٣/ ٤٩٦).

القول الأول: ذهب جماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه، والزرع قبل اشتداد حَبه [(١)].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز البيع، ويُؤْمَر المشتري بالقطع [(٢)].

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن ابن عمر ﭭ قال:** «نَهَى النبي ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» وَكَانَ إِذَا سُئِلَ عَنْ صَلاَحِهَا، قَالَ: «حَتَّى تَذْهَبَ عَاهَتُهُ».

ومِثله عن جابر بن عبد الله [(٣)] وعن أبي هريرة [(٤)] ﭭ.

وفي الرواية الأخرى عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى

---

(١) انظر: «بداية المجتهد» (٣/ ١٦٨-١٦٩)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٤٥١)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧٦)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٥٥)، و«تكملة المجموع» للسُّبْكي (١١/ ٤١٠)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٤/ ٤٦١)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٣)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٠/ ٥٤٤) و(٣٠/ ٢٧١).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢/ ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٧٠)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٢)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٣٢٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب مَن باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زَرْعه، وقد وجب فيه العُشْر أو الصدقة، فأَدَّى الزكاة من غيره، أو باع ثماره ولم تجب فيه الصدقة، وقَوْلُ النبي ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» فلم يَحْظُر البيع بعد الصلاح على أحد، ولم يَخُصَّ مَن وَجَبَ عليه الزكاة ممن لم تجب. (٢/ ١٢٧) برقم (١٤٨٦).

وحديث جابر بعده برقم (١٤٨٧).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها بغير شرط القطع (٣/ ١١٦٧) برقم (١٥٣٨).

يزهو، وعن السُّنبل حتى يَبْيَضّ ويأمن العاهة» نهى البائع والمشتري [(١)].

٢- **ما جاء عن أنس بن مالك** رضي الله عنه، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ. فَقِيلَ لَهُ: وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَّ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟!» [(٢)].

وَجْه الدلالة من الحديثين: أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها، وعن السنابل حتى تَبْيَضّ؛ لأنه قبل ذلك لا يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غَرَر من غير حاجة؛ فلذلك نَهَى النبيُّ البائعَ لئلا يأكل مال أخيه بالباطل؛ لأنه أخذ عقد معاوضة بلا عوض مضمون. ونَهَى المشتريَ لئلا يَضيع ماله، ويساعد البائعَ على الباطل [(٣)].

٣- ولأن إطلاق البيع بلا شرط يقتضي التبقية [(٤)]، والبيع بشرط التبقية لا خلاف في عدم جوازه [(٥)].

أدلة القول الثاني:

١- أن النهي عن بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها محمول على ما قبل الظهور، وعلى ما كان بشرط الترك، بدلالة حديث أنس: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها بغير شرط القطع (٣/ ١١٦٥) برقم (١٥٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يَبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع (٣/ ٧٧) برقم (٢١٩٨).

(٣) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩/ ٤٧)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٠٦).

(٤) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨-١٦٩).

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٧٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨)، و«تكملة المجموع» للسُّبْكي (١١/ ٤١٠)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٣).

يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟!»[١].

٢- أن إطلاق العقد يقتضي القطع في الحال؛ لأن مقتضى العقد تسليم المعقود عليه في الحال[٢].

٣- ولأنه مال مُتقوَّم مُنتفَع به في الحال أو في المآل[٣].

يجاب عنها: بأن النبي ﷺ أَطْلَق النهي عن بيع الثمرة قبل بُدُو صلاحها، فيَدخل فيه محل النزاع.

واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها، في أن إطلاق العقد يَقتضي القطع؛ لعدم تصور القطع قبل الظهور. ويُقرِّر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية، فيصير العقد المطلق كالذي شُرِطَتْ فيه التبقية، يتناولهما النهي جميعًا، ويصح تعليلهما بالعلة التي عَلَّل بها النبي ﷺ من منع الثمرة وهلاكها[٤].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لموافقته النصوص الشرعية، ومناقشتهم أدلة المُخالِفين. ولِما فيه من مصلحة للمتبايعَين بقطع النزاع بينهما؛ لأن الثمار قبل بُدُو الصلاح تكون عرضة للتلف. ولأن فيه إعمالًا لقاعدة الشريعة: (لا ضرر ولا ضِرار).

سبب الخلاف:

تَرَدُّد البيع المطلق بين البيع بشرط القطع وهو جائز، وبين البيع بشرط التبقية وهو ممنوع. فمَن حَمَل الإطلاق على التبقية، قال: لا يَجوز. ومَن حَمَله على القطع، قال: يَجوز[٥].

---

(١) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٣٢٥).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٩٥).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٢)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٨٧).

(٤) «المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٣) بتصرف.

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٣/ ١٦٩).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء البيع بشرط القطع في الحال، والبيع لمالك الأصل

يَرِد الاستثناء على مذهب الجمهور في المسألة السابقة، القائلين بعدم جواز بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه. فاسْتَثْنَوْا مسألتين يَجوز فيهما البيع قبل بُدُو الصلاح -على خلاف بينهم-.

وتفصيل القول فيهما كالآتي:

المسألة الأولى: البيع بشرط القطع في الحال:

اختَلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو قول المذاهب الأربعة [١] : جواز بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه، بشرط القطع في الحال [٢].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٧٣)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٣٢٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٤٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨-١٦٩)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧٦)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٥٣)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٤/ ٤٦١)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٣)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٨٤).

وقول الحنفية هنا هو استصحاب لقولهم في المسألة السابقة، وليس استثناء.

(٢) وقد نَقَل الإجماع على هذا القول جَمْع من أهل العلم، كابن رشد والنووي وابن قدامة، ولكن الإجماع مخروم بالقول الثاني كما سيأتي.

وقد وَهِم مَن نَقَل الإجماع على القول الأول، كما ذَكَر ابن حجر في «الفتح» (٤/ ٣٩٤)، وانظر المراجع السابقة.

القول الثاني: وهو قول الثوري [١]، وابن أبي ليلى [٢]، وتَبِعهما الشوكاني: المنع مطلقًا من غير استثناء [٣].

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء في حديث أنس بن مالك السابق**، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ. فَقِيلَ لَهُ: وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَّ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟!» [٤].

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ نَهَى عن بيع الثمار قبل أن تُزهِي من أجل جهالة العاقبة، بدلالة حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السُّنبل حتى يَبْيَضّ ويأمن العاهة» نَهَى البائع والمشتري [٥].

---

(١) هو: الإمام أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوري، أحد الأعلام عِلمًا وزهدًا، وكان مولده في سنة سبع وتسعين، في خلافة سليمان بن عبد الملك، وكان مستخفيًا بالبصرة في خلافة المهدي. وقال ورقاء: لم يَرَ سفيان مِثل نفسه. تُوفي في شعبان سنة (١٦١هـ) عن أربع وستين سنة. انظر: «الكاشف» للذهبي (١/ ٤٤٩).

(٢) هو: الإمام العَلَم، مفتي الكوفة وقاضيها، أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الفقيه المقرئ. وُلِد: سَنَة نَيِّف وسبعين.

قال الذهبي: حديثه في وزن الحَسَن ولا يرتقي إلى الصحة؛ لأنه ليس بالمتقن عندهم. ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة ثمانٍ وأربعين ومئة.

انظر: «تذكرة الحفاظ» للذهبي (١/ ١٢٨-١٢٩)، و«السِّيَر» له أيضًا (٦/ ٣١٠-٣١٥).

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨)، و«تكملة المجموع» للسُّبكي (١١/ ٤٢٤)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢٠٧).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

فالعلة هنا منصوصة، والحُكْم يدور مع علته وجودًا وعدمًا. والبيع المشروط بالقطع لا توجد فيه هذه العلة؛ لأنه سيُقطَع الآن قبل أن يَتعرض للعاهات.

٢- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال:** «أَيُّمَا امْرِئٍ أَبَّرَ نَخْلًا ثُمَّ بَاعَ أَصْلَهَا، فَلِلَّذِي أَبَّرَ ثَمَرُ النَّخْلِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» (١).

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ جَعَل الثمرة للمشتري بالشرط، من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا؛ فدل على أنها محل البيع كيفما كان إذا وُجِدتْ مع الشرط (٢).

أدلة القول الثاني:

١- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:** «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» (٣).

وَجْه الدلالة: أن الحديث وما جاء في معناه عامّ في النهي، ولم يُفَصِّل بين ما كان بشرط القطع أو لا، فيبقى على عمومه.

يجاب عن استدلالهم بالحديث: بأن الواجب في نصوص الشارع حَمْل المُطْلَق على المُقيَّد، وقد جاء في حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع النخل حتى يَزهو، وعن السُّنبل حتى يَبْيَضّ ويأمن العاهة» (٤) فقَرَن بين التحريم وعلته؛ فدل على أنه عند انتفاء العلة يَنتفي الحُكْم.

كما أنه قَرَن الحُكْم بـ(حتى) وهي تفيد الغاية، فما قَبْلها يختلف في الحُكْم عما

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع النخل بأصله (٣/ ٧٨) برقم (٢٢٠٦)، ومسلم في كتاب البيوع، باب مَن باع نخلًا عليها ثمر (٣/ ١١٧٢) برقم (١٥٤٣) واللفظ للبخاري.

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٩).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

بعدها، وبيع الثمر قبل بُدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه بشرط القطع في الحال لا توجد فيهما علة التحريم؛ وعليه فإن الحُكْم يكون مغايرًا لِما قبل الغاية [(١)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به ومناقشتهم أدلة القول الثاني، وبعض أهل العلم نَقَل الإجماع عليه لكنه لا يُسَلَّم له، وهو يدل على ضعف القول الثاني.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بمجموع النصوص التي قَرَنَتِ الحُكْم بعلته. وبيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه بشرط القطع في الحال- لا يوجد فيهما علة التحريم.

المسألة الثانية: البيع لمالك الأصل:

اختَلَف أهل العلم في حُكْم بيع الثمر قبل بُدو صلاحه، والزرع قبل اشتداد حَبه- لمالك الأصل [(٢)] على قولين:

القول الأول: وهو المُعتمَد عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة [(٣)]: عدم جواز

---

(١) انظر: «شرح مختصر الروضة» للطُّوفي (٢/ ٧٥٨).

(٢) والشجرة هي أصل الثمرة، والأرض هي أصل الزرع.

ومثالها: رجل باع نخلًا بعد أن أُبِّرت، فالثمر بعد التأبير يكون للبائع بنص حديث ابن عمر، فيَطلب المشتري من البائع الذي كانت له الثمرة أن يبيعه الثمرة.

وكمَنْ زَرَع أرضًا لمالكها، ثم أراد أن يبيع الزرع على صاحب الأرض قبل اشتداد حَبه.

انظر «المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٤).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٥٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٤٩٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ١٤٧)، و«شرح الزركشي» (٣/ ٤٩٥).

بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه لمالك الأصل؛ لعموم أدلة النهي التي استدلوا بها سابقًا.

القول الثاني: وهو المشهور من قول مالك، ووَجْه عند الشافعية، ووَجْه عند الحنابلة [(١)]: جواز بيع الثمر قبل بُدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حَبه لمالك الأصل.

أدلة القول الثاني:

١- **القياس على ما جاء في حديث ابن عمر السابق، وفيه**: أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرِئٍ أَبَّرَ نَخْلًا ثُمَّ بَاعَ أَصْلَهَا، فَلِلَّذِي أَبَّرَ ثَمَرُ النَّخْلِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ» [(٢)].

وَجْه الدلالة: قالوا: إذا جاز اشتراط المشتري الثمرة التي هي للبائع بنص الحديث، فإنه يَجوز أن يبيعها البائع لتكون مِلكًا للمشتري الذي يَملك الأصل.

٢- ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حَصَل التسليم إلى المشتري على الكمال؛ لكونه مالكًا لأصولها وقرارها، فصَحّ، كبيعها مع أصلها [(٣)].

يجاب عنهما: بأن قياسهم على حديث ابن عمر قياس مع الفارق؛ لأن الثمر في الحديث تابع للشجر، والعَقْد واحد، ويَثبت تبعًا ما لا يَثبت استقلالًا.

والمسألة محل البحث تختلف عن ذلك؛ لأن الصفقة الأولى انتهت، ثم أراد المتبايعان أن يَعقدا صفقة جديدة على الثمرة وهي لم يَبْدُ صلاحها وعلى الزرع قبل

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (٧/ ٤١٦)، و«الذخيرة» للقرافي (٥/ ١٨٦)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ١٤٧)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (٥/ ٦٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ١٤٧)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٤).

اشتداد حبه، وهذا منهي عنه (١).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به وموافقته عموم أدلة النهي، ومناقشتهم أدلة المخالفين؛ وبِناء عليه فإن الاستثناء ليس صحيحًا.

سبب الاستثناء: القياس، وهو يتضح بقياسهم على حديث ابن عمر الذي أجاز للمشتري اشتراط الثمر الـمُؤبَّر له، بجامع مِلكه مِلك الأصل في الجميع. كما أنهم قاسوا المسألة على بيع الشجرة مع ثمرها بعقد واحد، وجعلوا الثمر تابعًا في الجميع.

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ٦٤).

المطلب الثاني

استثناء ما تُهْلِكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث من وجوب الضمان على البائع

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان فيما تهلكه الجائحة (١) من الثمر على أصوله

تحرير محل النزاع:

١- **إذا وقعت الجائحة قبل القبض**، ففي هذه الحالة يكون الضمان على البائع

(١) **الجائحة في اللغة: من الجَوْح.**

قال ابن فارس: (الجيم والواو والحاء أصل واحد، وهو الاستئصال، يقال: جاح الشيءَ يَجوحه، استأصله. ومنه اشتقاق الجائحة). «مقاييس اللغة» (١/ ٤٩٢) مادة (جَوَح).

وقال ابن الأثير: (وهي الآفة التي تُهْلِك الثمار والأموال وتستأصلها. وكل مُصِيبة عظيمة وفتنة مُبِيرة: جائحة). «النهاية في غريب الحديث والأثر» (١/ ٣١٢) مادة (جَوَح).

الجائحة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها المالكية بأنها: كل شيء لا يُستطاع دفعه لو عُلِم به، سواء أكان سماويًّا كالبَرْد والحَر والعَفَن والدود والفأر والطير والريح والثلج والمطر، أم غير سماوي كجيش.

انظر «شرح الخرشي على مختصر خليل» (٥/ ١٩٣).

وعَرَّفها الشافعية والحنابلة بأنها: كل ما أَذْهَب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي، كريح ومطر، وثلج وبَرْد، وجليد وصاعقة، وحَرّ وعطش... ونحوها.

«الأم» للشافعي (٣/ ٥٨)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٨١)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (٥/ ٧٧).

باتفاق الفقهاء؛ لأن الثمرة ما زالت تحت يده، فيَلزمه ضمانها (١).

٢- **إذا وقعت الجائحة بعد القبض وبعد انتهاء الوقت المعتاد للجذاذ،** ففي هذه الحالة يكون الضمان على المشتري باتفاق الفقهاء؛ لأنه مُفَرِّط، فيَلزمه أن يتحمل تفريطه (٢).

٣- **إذا وقعت الجائحة بعد القبض وقبل انتهاء وقت الجذاذ، فهذه الحالة اختَلَف فيها الفقهاء على قولين (٣):**

القول الأول: وهو مذهب المالكية، وقول الشافعي في القديم، والمذهب عند الحنابلة: أن الضمان يكون على البائع.

وقَيَّد المالكية هذا بأن تكون الثمرة بحاجة إلى إبقائها (٤).

القول الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، وقول الشافعي في الجديد: أن الضمان على المشتري (٥).

---

(١) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ١٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٦٦)، و«المدونة» للإمام مالك (٣/ ٥٩٠)، و«حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٢١٧-٢١٨)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ١٥٤)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٨١)، و«فتاوى ابن تيمية» (٣/ ٢٨٦).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٣/ ٤٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٣٩)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٣/ ٣٠٦)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٣٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢)، و«الأم» للشافعي (٣/ ٥٧)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٨٢).

(٣) انظر: «فتاوى ابن تيمية» (٣٠/ ٢٧٢).

(٤) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٤٦٠)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٨٦)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٦٤)، و«تكملة المجموع» للسُّبكي (١١/ ٤٦٤) و(١٣/ ٩٠)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٥٠١)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٨٠).

(٥) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٣٠٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ١٥)، =

أدلة القول الأول:

١- أن النبي ﷺ أَمَر بوضع الجوائح.

ومن ذلك: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لو بِعْتَ من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يَحِل لك أن تأخذ منه شيئًا، بِمَ تأخذ مال أخيك بغير حق؟!»(١).

وَجْه الدلالة: أن الحديث صريح بتضمين البائع ما أتلفته الجائحة، بل إنه حذّر من تضمين المشتري لذلك(٢).

٢- أنه مبيع بَقِي على البائع فيه حق تَوْفِية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يَكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه. أصله سائر المبيعات التي بَقِي فيها حق توفية.

والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع: أن هذا بيعٌ وقع في الشرع، والمبيع لم يَكمل بعد، فكأنه مُستثنًى من النهي عن بيع ما لم يُخْلَق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفًا لسائر المبيعات(٣).

= و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٦٦)، و«الأم» للشافعي (٣/ ٥٧)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٦٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٥٠١).

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمُزارَعة، باب وضع الجوائح (٣/ ١١٩٠) برقم (١٥٥٤).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ٨٠).

(٣) «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢).

أدلة القول الثاني:

١- **ما رُوِي عن عائشة** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ ثَمَرَةً فَأَذْهَبَتْهَا الْجَائِحَةُ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ فَأَبَى أَلَّا يَفْعَلَ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «يَتَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا» فَأُخْبِرَ الْبَائِعُ بِمَا ذَكَرَ النَّبِيُّ ﷺ فَسَمَحَ بِهِ لِلْمُبْتَاعِ [(١)].

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يُوجِب على البائع وضع الجائحة، ولو كان واجبًا لأجبره [(٢)].

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث لا حُجة لهم فيه؛ لأنَّ فِعل الواجب خير، فإذا تَألَّى ألا يَفعل الواجب؛ فقد تَألَّى ألا يفعل خيرًا.

---

(١) رواه ابن حجر في «التلخيص الحبير» في كتاب البيوع، باب بيع الأصول والثمار (٣/ ٧١) برقم (١٢٢٣) وعَزَاه إلى «الصحيحين» ولم أجده. وعَزَاه إليهما أيضًا ابن قدامة في «المغني» (٤/ ٨٠).

ورواه مالك في «موطئه» كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزروع (٢/ ٦٢١) برقم (١٥).

من غير طريق عائشة، عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن، عن أُمه عَمْرَة بنت عبد الرحمن، أنه سمعها تقول:

ابتاع رجلٌ ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فعَالَجه، وقام فيه حتى تَبيَّنَ له النقصان، فسأل رَبَّ الحائط أن يضع له أو أن يُقِيله، فحَلَفَ ألا يَفعل.

فذَهَبَتْ أُم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذَكَرَتْ ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: «تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا».

فسَمِع بذلك رَبُّ الحائط، فأتى رسولَ الله ﷺ فقال: يا رسول الله، هو له.

قال الشافعي: (حديث مالك عن عَمْرة مرسل، وأهل الحديث ونحن لا نُثْبِت مرسلًا) «الأُم» (٣/ ٥٧).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٤/ ٨٠).

الوجه الثاني: أن عدم إجبار النبي ﷺ للبائع لا يعني عدم وجوب الضمان عليه؛ لأنه مجرد قول أُمِّ المُدَّعِي من غير إقرار البائع ولا حضوره [(١)].

٢- **ما جاء عن أبي سعيد الخُدْرِيّ رضي الله عنه قال:** أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكَثُر دَينه، فقال رسول الله ﷺ: «تَصَدَّقُوا عليه»، فتَصَدَّقَ الناس عليه، فلم يَبلغ ذلك وفاء دَينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» [(٢)].

وَجْه الاستدلال: أن الرسول ﷺ أَمَر بالتصدق على المشتري الذي تَلِفت ثماره، ولم يُسْقِط عنه ثمن الثمرة؛ فدل ذلك على أن ضمان الجائحة على المشتري [(٣)].

الإجابة عن استدلالهم بالحديث:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية:

(**أما الأول: يعني حديث أبي سعيد الخُدريّ- فكلام مجمل**، فإنه حكى أن رجلًا اشترى ثمارًا فكَثُرت ديونه، فيمكن أن السعر كان رخيصًا فكَثُر دَينه لذلك.

ويحتمل أنها تَلِفت أو بعضها بعد كمال الصلاح، أو حَوْزها إلى الجرين [(٤)] أو إلى البيت أو السوق.

---

(١) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ١٩٦).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمزارعة، باب استحباب وضع الدَّيْن (٣/ ١١٩١) برقم (١٥٥٦).

(٣) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ١٥٤).

(٤) هو مَوضِع تجفيف التَّمْر قبل أن يُجْعَل في الأوعية. وهو له كالبَيْدَر للحِنْطة.

انظر: «طِلْبَة الطلبة» لنجم الدين النسفي (١/ ٧٨) مادة (جرن)، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (١/ ٢٦٣) مادة (جَرَنَ).

ويحتمل أن يكون هذا قبل نهيه أن تباع الثمار قبل بُدُو صلاحها.

ويحتمل أن يكون البائع عديمًا، فلم يَقضِ عليه بجائحة.

فلا يُترَك الحديث الصريح البَيِّن لحديث مجمل محتمل، ولو فُرِض أن هذا كان مخالفًا لكان منسوخًا؛ لأنه باقٍ على حُكْم الأصل وذاك ناقل عنه، والناقل عن البراءة الأصلية مُقَدَّم على غيره) [(١)].

٣- أن إخلاء المبيع يجيز للمشتري التصرف فيه، فتَعَلَّق التصرف بالإخلاء، والضمان متعلق بالتصرف [(٢)].

يجاب عنه: بأن التخلية ليست قبضًا تامًّا، بدليل أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يَكمل، ولو تَلِفتْ بعطش كانت من ضمان البائع. ولا يَلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة، يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المُؤجِّر، كذلك الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها، تؤخذ حالًا فحالًا [(٣)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو تضمين البائع ما أتلفت الجائحة؛ لثبوت الحديث عن المعصوم ﷺ بوضع الجوائح، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص [(٤)].

---

(١) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠/ ٢٧٣) بتصرف. وانظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢-٢٠٣).

(٢) انظر: «تكملة المجموع» للسُّبكي (١٣/ ٩٠).

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ١٩٦)، و«شرح الزركشي على مختصر الخِرَقي» (٣/ ٥٢٠).

(٤) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٤٧).

بالإضافة إلى القيد الذي ذَكَره المالكية، وهو: أن تكون الثمرة بحاجة إلى الإبقاء؛ لأنها إذا لم تكن بحاجة إلى الإبقاء فإن ذلك تفريط من المشتري، فعليه أن يتحمل مَغَبَّةَ تفريطه.

سبب الخلاف:

بعد عرض أدلة الفريقين يتضح أن سبب الخلاف راجع إلى تخلية البائع للثمار على رءوس الأشجار:

هل يُعَد مثل ذلك قبضًا للثمار، بحيث يكون ضمانها على المشتري؟

أو لا يُعَد قبضًا تامًّا باعتبار أن على البائع سَقْي الثمار حتى كمال طِيبها، فيَكون ضمانها على البائع؟

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما دون الثلث

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة عند القائلين بتضمين البائع فيما أتلفت الجائحة.

فهؤلاء اختلفوا فيما بينهم: فاستثنى بعضهم قَدْرًا يكون الضمان فيه على المشتري. وبعضهم استَصحب عموم النصوص ولم يَستثنِ.

ومُحصِّلة الخلاف فيها على قولين:

القول الأول: وهو ظاهر مذهب الحنابلة، ورواية عن الإمام أحمد-: أن البائع يَضمن قليل الجائحة وكثيرها؛ لعموم أدلة وضع الجوائح السابقة، إلا ما جَرَتِ العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يُلتفَت إليه، كأن يأكل منه الطير أو يتساقط، فهذا لا يَسلم منه أحد ويَصعب التحرز منه، ولا يسمى جائحة

ولا يَدخل في الخبر، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط [(١)].

القول الثاني: وهو مذهب المالكية، وقول الشافعي في القديم، ورواية لأحمد-: استثناء ما دون الثلث فيما تتلفه الجائحة، فيكون ضمانه على المشتري [(٢)].

دليل القول الثاني:

أن الشارع اعتبَر الثلث في مَواطن كثيرة، وجَعَله حدًّا أدنى للكثرة، وما دونه يَدخل في القلة [(٣)] بدليل قول النبي ﷺ في الوصية: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» [(٤)].

يجاب عنه: بأن النصوص التي أَمَرَتْ بوضع الجوائح جاءت عامة، وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه.

الراجح:

يَظهر من عرض القولين أن الخلاف محصور فيما دون الثلث وزاد عن العادة.

والذي يترجح عندي هو القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به، وهو المُوافِق لقاعدة

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ٨١)، و«شرح الزركشي» (٣/ ٥٢٤-٥٢٥)، و«حاشية ابن قاسم على الروض المربع» (٤/ ٥٥٧).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٢)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٤٦٦)، و«الأم» للشافعي (٣/ ٦٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ١٩٨-١٩٩).

(٣) «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٤).

(٤) **متفق عليه**: أخرجه البخاري في كتاب المرضى، باب قول المريض: (إني وَجِعٌ)، أو (وا رأساه)، أو (اشتد بي الوجع) وقول أيوب عليه السلام: ﴿أَنِّي مَسَّنِيَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ﴾ [الأنبياء: ٨٣] (٧/ ١٢٠) برقم (٥٦٦٨).

وأخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث (٣/ ١٢٥٠) برقم (١٦٢٨).

الشرع، وهو عدم الالتفات للشيء اليسير؛ إذ لا حُكْم له [(١)] لصعوبة التحرز منه.

كما أن التفريق بين الثلث وما دونه لا وجه له؛ ولهذا جاء عن الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال:

(لو ثبتت السُّنة بوضع الجائحة، وَضَعْتُ كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه. فأما أن يوضع الثلث فصاعدًا ولا يوضع ما دون الثلث، فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول) [(٢)].

وقال أبو داود:

(لم يصح في الثلث شيء عن النبي ﷺ، وهو رأي أهل المدينة، والراجح الوضع مطلقًا، من غير فرق بين القليل والكثير) [(٣)].

ولذلك: فإن الراجح عدم صحة الاستثناء، وأما الشيء اليسير مما جرت العادة به فهو لا يَدخل تحت اسم الجائحة، ولا حُكْم له.

---

(١) «كشاف القناع» للبُهُوتي (٢/ ١٦٩).

(٢) **ويُعْتَذَر له** رَحِمَهُ ٱللَّهُ بأنه لم يَثبت لديه حديث الأمر بوضع الجوائح، ولم تَبلغه الروايات الصحيحة، وأصح ما فيها ما ورد في «صحيح مسلم» السالف الذِّكر.

ومع ذلك فقد ورد عنه رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال: (إذا صح الحديث فهو مذهبي).

وقال أيضًا: (إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط، وإذا رأيتَ الحُجة موضوعة على الطريق فهي قولي) ومع ثبوت الحديث لدينا فلا مَناص عنه.

انظر: «الأم» للشافعي (٣/ ٥٧)، و«المجموع» للنووي (١/ ٩٢)، و«مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠/ ٢١١).

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٢١١). وقد سبقت ترجمة أبي داود.

سبب الاستثناء:

النص، وهو النص الذي دل على اعتبار الثلث في الوصية، وهو نص في الفرق بين القليل والكثير. والجائحة التي عُلِّق الحُكْم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير، وإذا وجب الفرق وجب أن يُعتبَر الثلث؛ إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة [1].

(١) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ٢٠٤).

المبحث السابع

المُستثنَيات في باب السَّلَم

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء السَّلَم [1] من النهي عن بيع المعدوم.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع المعدوم [2]

(١) السَّلَم في اللغة: قال ابن منظور: (والسَّلَم- بالتحريك-: السَّلَف. وأَسْلَم في الشيء وسَلَّمَ وأَسْلَف بمعنى واحد، والاسم: السَّلَم). «لسان العرب» (١٢/ ٢٩٥).

وجاء في «المصباح المنير» للفيومي: (السَّلَم في البيع: مِثل السَّلَف وزنًا ومعنًى) (١/ ٢٨٦).

السَّلَم في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفه الحنفية بأنه: (بيعُ آجل بعاجل) «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ١٦٨)، و«حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ١١٠). وعند المالكية: (هو بيع يَتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المُثَمَّن لأجل) «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ١٩٥).

وعند الشافعية: (هو عَقْد على موصوف في الذمة ببدل يُعْطَى عاجلًا) «روضة الطالبين» للنووي (٤ / ٣).وعند الحنابلة: (هو عَقْد على موصوف في الذمة، مؤجل، بثمن مقبوض في مجلس العقد) «المُطْلِع على ألفاظ المُقْنِع» للبعلي (١/ ٢٩٣). وهذه التعريفات متفقة في بيان ماهية السَّلَم، وإن اختلفت في بعض الشروط حَسَب كل مذهب، وليس هذا محل بحثها.

(٢) المعدوم في اللغة:

أصل الكلمة يدل على فقدان الشيء وذَهابه، فهو ضد الموجود. «مقاييس اللغة» لابن فارس (٤/ ٢٤٨). ولا يَخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللُّغَوي للكلمة، فالمعدوم: الذي لم يوجد بعد، وربما يوجد في المستقبل، وهو ينافي شرطًا من شروط البيع، وهو أن يكون المبيع موجودًا وقت التعاقد.

اختلَف أهل العلم في حكم بيع المعدوم- على قولين:

القول الأول: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم [١] إلى جواز بيع المعدوم في بعض الأحوال، فليس النهي عامًّا في كل معدوم.

وقَسَّماه إلى ثلاثة أقسام:

الأول: معدوم موصوف في الذمة، فهذا يَجوز بيعه اتفاقًا، وهو السَّلَم.

الثاني: معدوم تبع للموجود، وإن كان أكثر منه.

وهو نوعان: نوع متفق عليه، ونوع مُختلَف فيه.

فالمتفق عليه: بيع الثمار بعد بُدُو صلاح ثمرة واحدة منها. فاتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدة منه، وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعًا للموجود.

والنوع المُختلَف فيه: كبيع المَقاثي والـمَباطخ إذا طابت، فهذا فيه قولان.

الثالث: معدوم لا يُدْرَى يَحصل أو لا يَحصل، ولا ثقة لبائعه بحصوله، بل يكون المشتري منه على خطر. فهذا الذي مَنَع الشارع بيعه لا لكونه معدومًا، بل لكونه غَرَرًا [٢].

---

(١) وقد سبقت ترجمتهما.

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٠/ ٥٤٣)، و«زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ١١٧- ١١٨).

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) - إلى عدم جواز بيع المعدوم، سواء أكان المعدوم متحقق الوجود في المستقبل عادة أم لا، وسواء أكان فيه غرر ظاهر أم لا، كبيع حَبَل الحَبَلة ونحوه.

أدلة القول الأول:

١- عدم الدليل على التحريم، والأصل في المعاملات الإباحة.

قال شيخ الإسلام:

(ليس في كتاب الله، ولا في سُنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة- أن بيع المعدوم لا يَجوز، لا بلفظ عامّ ولا بمعنى عامّ. وإنما في السُّنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود.

بل الذي وردت به السُّنَّة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يُقْدَر على تسليمه، سواء كان موجودًا أو معدومًا، كبيع العبد الآبِق والبعير الشارد إن كان موجودًا؛ إذ مُوجَب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقِمار، فإنه لا يباع إلا بوَكْس، فإن أمكن المشتري تَسَلُّمُه كان قد قَمَر البائع، وإن لم يمكنه

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٣٨)، و«تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي» (٤/ ٥٣)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٧٩)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٨٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٥٨).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٣/ ١٦٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٢٢٦).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٥/ ٣٢٥، ٣٩٤)، و«المجموع» للنووي (١٣/ ٩٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٣/ ٤١٠).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٥٥-١٥٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ١٦٦).

ذلك قَمَرَه البائع. وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نُهِي عنه للغَرَر لا للعَدَم)[(١)].

٢- أن (الشرع صَحَّح بيع المعدوم في بعض المواضع؛ فإنه أجاز بيع الثمر بعد بُدُو صلاحه والحَب بعد اشتداده [(٢)]، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يُخْلَق بَعْد) [(٣)].

أدلة القول الثاني:

١- أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر [(٤)]، والغرر: ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته، والمعدوم قد انطوى عنه أمره فلم يَجُز بيعه [(٥)].

يجاب عن استدلالهم: بأن العلة في النهي عن بيع أنواع من المعدوم ليست هي العدم بل الغرر؛ وعليه فلا يُعَدّ العدم علة يُعَلَّل بها في جميع الصور، والغرر ما لا يُقْدَر على تسليمه، سواء أكان موجودًا أم معدومًا، كالعبد الآبق والجمل الشارد [(٦)].

قال ابن القيم:

(وقد ظن بعض الناس أنه إنما نَهَى عنه لكونه معدومًا، فقال: (لا يصح بيع المعدوم) وَرَوَى في ذلك حديثًا أنه ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ» وهذا الحديث لا يُعْرَف في شيء من كتب الحديث، ولا له أصل. والظاهر أنه مروي بالمعنى من هذا

---

(١) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ٨).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (٣/ ١١٥٣) برقم (١٥١٣).

(٥) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ٢٥٧).

(٦) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠/ ٥٤٣).

الحديث[(١)] وَغَلِطَ مَن ظن أن معناهما واحد، وأن هذا المنهي عنه في حديث حَكيم[(٢)] وابن عمرو[(٣)] رضي الله عنهما لا يَلزم أن يكون معدومًا، وإن كان فهو معدوم خاص، فهو كبيع حَبَل الحَبَلَة، وهو معدوم يتضمن غَرَرًا وتَرَدُّدًا في حصوله)[(٤)].

٢- أن موجب العقد التسليم عقبه، فلا يَجوز التأخير.

وقد ناقش ابن تيمية هذا بقوله:

(لا نُسَلِّم بأن هذا موجب العقد: إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد، وإما ما

---

(١) يعني حديث النهي عن بيع ما ليس عندك.

(٢) هو: حَكيم بن حزام بن خُوَيْلد بن أسد بن عبد العُزَّى بن قُصَيّ، القرشي الأسدي.

كان مولده قبل الفيل بثلاث عَشْرة سنة، أو اثنتي عَشْرة سنة، على اختلاف في ذلك. عاش حكيم بن حزام في الجاهلية ستين سنة، وفي الإسلام ستين سنة. وتُوفي بالمدينة في خلافة معاوية، سَنة أربع وخمسين، وهو ابن مئة وعشرين سَنة.

وكان عاقلًا سَرِيًّا، فاضلًا تقيًّا، سيدًا بماله غنيًّا.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ٣٦٢-٣٦٣)، و«السِّير» للذهبي (٣/ ٤٤ وما بعدها).

(٣) أخرج ابن ماجه حديث حَكيم في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يَضمن (٢/ ٧٣٧) برقم (٢١٨٧).

وأخرجهما أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/ ٢٨٣) برقم (٣٥٠٣ و٣٥٠٤).

وأخرجهما الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/ ٥٢٦) برقم (١٢٣٢) و(٣/ ٥٢٧) برقم (١٢٣٤) وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

كما أخرج النَّسَائي حديث حَكيم في كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع (٧/ ٢٨٩) برقم (٤٦١٣).

(٤) «زاد المعاد» (٥/ ٧١٦).

أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وكلاهما مُنتفٍ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يَعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معينًا بدَين حالّ، وتارة يشترطان تأخير تسليم الثمن، كما في السَّلَم، وكذلك في الأعيان)[(١)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة القائلين به ووجاهته، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا، ولموافقته الأصل العامّ في المعاملات وهو الإباحة.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء السَّلَم

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فإنهم لما منعوا بيع المعدوم اسْتَثْنَوُا السَّلَم من ذلك.

واستثناؤهم هذا يتوافق مع الإجماع الذي انعقد على مشروعية السَّلَم، وقد نَقَل الإجماع على ذلك جَمْع من أهل العلم، كالشافعي[(٢)] وابن المنذر[(٣)] وابن هُبَيْرة[(٤)]

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٢٠/ ٥٤٤). (٢) «الأُم» (٣/ ٩٤).

(٣) نَقَله عنه ابن قدامة في «المغني» (٤/ ٢٠٧)، وبرهان الدين ابن مفلح في «المبدع» (٤/ ١٧١).
وابن المنذر هو: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، النَّيْسَابوري، الفقيه، نزيل مكة، وصاحب التصانيف، له «الإشراف في اختلاف العلماء»، وكتاب «الإجماع»، وغير ذلك.
وُلِد في حدود موت أحمد بن حنبل، وتُوفي سنة (٣١٨هـ).
انظر: «سِيَر أعلام النبلاء» (١٤/ ٤٩٠-٤٩٢).

(٤) «اختلاف الأئمة العلماء» (١/ ٤٠٨). =

والنووي [١] وابن تيمية [٢] وابن القيم [٣] والزركشي [٤] وابن حجر [٥] والعيني [٦]

= وابن هُبَيْرة هو: يحيى بن هُبَيْرة بن محمد بن هُبَيْرة، الذُّهْلِي الشيباني، أبو المظفر.

من كبار الوزراء في الدولة العباسية، عالم بالفقه والأدب، له نَظْم جيد.

وُلِد في قرية من أعمال دُجَيْل (بالعراق) سنة (٤٩٩هـ)، وكان مُكْرِمًا لأهل العلم. من مصنفاته: «الإشراف على مذاهب الأشراف»، و«الإفصاح عن معاني الصحاح»، تُوفِّي سنة (٥٦٠هـ). انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكان (٦/ ٢٣٠-٢٣٣).

(١) «شرح صحيح مسلم» (١١/ ٤١) وسبقت ترجمة النووي.

(٢) «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ٤٩٥).

(٣) «زاد المعاد» (٥/ ٧١٧).

(٤) «شرح الزركشي» (٤/ ٣).

والزركشي هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد، الزركشي المصري الحنبلي.

كان إمامًا في المذهب، له تصانيف مفيدة، أشهرها «شرح الخِرَقي» لم يُسْبَق إلى مثله، **وكلامه فيه يدل على فقه نفسي، وتَصَرُّف في كلام الأصحاب.** تُوفي سنة (٧٧٢هـ).

«شذرات الذهب» لابن العماد (٨/ ٣٨٤-٣٨٥).

(٥) «فتح الباري» (٤/ ٤٢٨) وسبقت ترجمة ابن حجر.

(٦) «عمدة القاري» (١٢/ ٦١).

والعيني هو: هو بدر الدين أبو الثناء وأبو محمد، محمود بن القاضي شهاب الدين أحمد بن القاضي شرف الدين موسى بن أحمد بن حسين بن يوسف بن محمود، العَيْنَتَابِي الأصل والمولد والمنشأ، المصري الدار والوفاة، الحنفي، المعروف بـ(العيني).

وُلِد سنة (٧٦٢هـ)، كان أحد أوعية العلم، وأَخَذ عنه مَن لا يُحْصَى.

ولما أُخْرِجَ عنه نظرُ الأحباس في سَنة ثلاث وخمسين، عَظُم عليه ذلك لقلة موجوده، وصار يبيع من أملاكه وكتبه إلى أن تُوفي سنة (٨٥٥هـ).

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٩/ ٤١٨-٤٢٠).

وابن الهُمَام [١] وابن نُجَيْم [٢] والبُهُوتي [٣] وغيرهم [٤].

(١) «فتح القدير» (٧/ ٧١).

وابن الهُمَام هو: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، السِّيوَاسِيّ ثم الإسكندري، المعروف بـ(ابن الهُمَام) الحنفي.

وُلِد سنة تسعين وسَبع مئة، **وكان عَلَّامة في الفقه والأصول، والنحو والتصريف، والمعاني والبيان، والتصوف.**

وله تصانيف، منها: «شرح الهداية» سَمَّاه «فتح القدير للعاجز الفقير»، وَصَل فيه إلى أثناء الوكالة. وله مختصر في الفقه سَمَّاه «زاد الفقير»، مات سنة (٨٦١هـ).

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٩/ ٤٣٧-٤٣٩).

(٢) «البحر الرائق» (٦/ ١٦٩).

وابن نُجَيْم هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد، الشهير بـ(ابن نُجَيْم) الحنفي. كان عمدة العلماء العاملين، وختام المحققين والمفتين.

له تعليق على «الهداية»، و«حاشية على جامع الفصولين» وغير ذلك. وتُوفِّي سنة (٩٧٠هـ).

انظر: «الطبقات السَّنِيَّة» للغَزِّيّ (١/ ٢٨٩)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (١٠/ ٥٢٣).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٩).

والبُهُوتِي هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن علي بن إدريس، أبو السعادات البُهُوتي. شيخ الحنابلة بمصر المحروسة، وخاتمة علمائهم بها.

ومن مصنفاته المفيدة: كتاب «شرح الإقناع»، و«حاشية على الإقناع»، و«شرح على منتهى الإرادات»، كانت وفاته سنة (١٠٥١هـ).

انظر: «خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر» للحَمَوي (٤/ ٤٢٦).

(٤) **ورُوِي في ذلك خلاف شاذ لابن مسعود وابن المسيب**، ويمكن أن يُستدل لهما على ذلك بما استَدل به الجمهور على تحريم بيع المعدوم. =

مستند الإجماع:

١- قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [(١)].

وَجْه الدلالة: ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى- قَدْ أَحَلَّهُ اللهُ فِي الْكِتَابِ وَأَذِنَ فِيهِ» ثم ذَكَر هذه الآية [(٢)].

ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قَدِم النبي ﷺ المدينة، وهم يُسْلِفون في الثمار السَّنة والسنتين، فقال: «مَن أَسْلَف في تمر فليُسْلِف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» [(٣)] وهو نص صريح في جواز السَّلَم إذا تحققت شروطه.

= ثم إنه قد ثَبَت عن ابن المسيب خلاف ذلك، فقد ثَبَت عنه إجازته السَّلَم في الثياب والحِنطة والحيوان، فربما يكون ذلك رجوعًا منه.

وعلى فرض عدم رجوعه، فتبقى الحجة في ثبوت النص، ولا عبرة بخلافه ولا بخلاف ابن مسعود، والحق أحق أن يُتَّبَع، ولعله لم يَبلغهما الدليل.

انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» في كتاب البيوع والأقضية، في السلف في الشيء اليسير الذي ليس في أيدي الناس (٤/ ٣٠٩) برقم (٢٠٤٨١)، و«اختلاف الفقهاء» للطبري (١/ ٩٣-٩٤)، و«المُحَلَّى» لابن حزم (٨/ ٤١).

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، في كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم (٨/ ٥) برقم (١٤٠٦٤)، والطبري في «تفسيره» (٦/ ٤٥)، والحاكم في «مستدركه» في كتاب التفسير (٢/ ٣١٤) برقم (٣١٣٠) وقال: (هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخْرِجَاهُ).

(٣) **متفق عليه:** أخرجه البخاري في كتاب السَّلَم، باب السَّلَم في كيل معلوم (٣/ ٨٥) برقم (٢٢٣٩)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمُزارَعة، باب السَّلَم (٣/ ١٢٢٦) برقم (١٦٠٤) واللفظ لمسلم.

الراجح:

سبق أنْ رجحتُ في المسألة السابقة أن الوجود والعدم ليسا علة في النهي لِما تقرر سابقًا، وأن المعدوم الموصوف في الذمة جائز بالاتفاق؛ ومِن ثَم فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه لم يَدخل في الخلاف في النهي عن بيع المعدوم الذي يقول به الجمهور.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بمستند الإجماع الذي ذَكَرْتُه آنفًا.

ويُعَدّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء[1]، ويتضح ذلك في نقل العلماء الحُفاظ له.

كما تُعَدّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن السَّلَم فيه مصلحة للبائع والمشتري: فمصلحة البائع بتعجيل الثمن له للاستعانة به على مصالح الزرع أو نفقات المعيشة. ومصلحة المشتري بالاسترباح في المبيع؛ لأنه سيكون نازلًا في السَّلَم.

---

(١) **وقد قَدَّمْتُ النص على الإجماع، خلافًا لما يَذكره الأصوليون من أن الإجماع أقوى من النص في الحجية.**

وفي هذا يقول ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢/ ١٧٥):

(ولم يَزَلْ أئمة الإسلام على تقديم الكتاب على السُّنة، والسُّنة على الإجماع وجَعْل الإجماع في المرتبة الثالثة.

قال الشافعي: (الحجة كتاب الله، وسُنة رسوله، واتفاق الأئمة).

وقال- أي: الشافعي- في كتاب اختلافه مع مالك: (والعلم طبقات: الأولى: الكتاب والسُّنة الثابتة، ثم الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سُنة، الثالثة: أن يقول الصحابي فلا يُعْلَم له مُخالِف من الصحابة. الرابعة: اختلاف الصحابة. والخامسة: القياس).

فقَدَّم النظر في الكتاب والسُّنة على الإجماع، ثم أَخْبَر أنه إنما يصار إلى الإجماع فيما لم يُعْلَم فيه كتاب ولا سُنة. وهذا هو الحق) وانظر: «الأُم» للشافعي (٧/ ٢٨٠).

كما يمكن عَدُّ الاستحسان سببًا رابعًا للاستثناء؛ لأننا عَدَلْنا عن مقتضى القياس، وهو عدم تجويز السَّلَم؛ لأنه عَقْد على معدوم وقت العقد، فعَدَلْنا عن هذا الحُكْم إلى حُكْم الجواز للخبر والإجماع على جواز السَّلَم.

القاعدة الفقهية المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الحاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) [١].

وفي هذا يقول ابن الهُمَام:

(وجب المصير إليه- أي: السَّلَم- بالنص والإجماع؛ للحاجة مِن كل مِن البائع والمشتري:

فإن المشتري يَحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسَّلَم أسهل؛ إذ لا بد من كون المبيع نازلًا عن القيمة فيربحه المشتري.

والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السَّلَم، وقدرة في المآل على المبيع بسهولة، فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية؛ فلهذه المصالح شُرِع) [٢].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٧٨).

(٢) «فتح القدير» (٧/ ٧١) وسبقت ترجمة ابن الهُمَام.

المبحث الثامن

المُستثنَيات في باب الشركة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء ما دون النصف- من عدم صحة شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان.

المطلب الثاني- استثناء السفر المَخُوف من جواز السفر بالمال للمُضارِب.

المطلب الثالث: استثناء ما إذا كان المُضارِب الأول يتضرر بمضاربة المُضارِب لآخَر- من جواز مضاربته لآخَر.

المطلب الرابع: استثناء الشركة في اكتساب المباحات، وحال اختلاف الصنائع والمكان- من صحة شركة الأبدان.

المطلب الأول

استثناء ما دون النصف من عدم صحة شركة العِنَان [(١)] بالمغشوش [(٢)] من الأثمان

(١) العِنَان في اللغة:

جاء في «لسان العرب» لابن منظور (١٣/ ٢٩٠): (عَنَّ الرجلُ يَعِنُّ عَنًّا وعَنَنًا، إذا اعتَرَض لك من أحد جانبيك مِن عن يمينك أو مِن عن شمالك- بمكروه.

والعَنُّ: المصدر، والعَنَنُ: الاسم، وهو الموضع الذي يَعُنُّ فيه العانُّ، ومنه سُمِّي العِنان من اللِّجام عِنانًا؛ لأنه يعترضه من ناحيتيه لا يَدخل فمه منه شيء).

شركة العِنان في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية: بأن يَشترك اثنان في نوع بُرٍّ أو طعام، أو يَشتركان في عموم التجارات، ولا يَذكران الكفالة. «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ١٧٦).

وعَرَّفها المالكية: بأن يَجعل كل واحد من الشريكَين مالًا، ثم يخلطاه، أو يَجعلاه في صندوق واحد، ويَتَّجِرا به معًا، ولا يَستبد أحدهما بالتصرف دون الآخَر. انظر: «الكافي» لابن عبد البر (٢/ ٧٨٣)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ١٨٧).

وعَرَّفها الشافعية: بأن يُخْرِج كل واحد منهما مالًا مثل مال صاحبه، ويَخلطاه فلا يتميز، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين، والخسران كذلك. «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٧٣).

وعَرَّفها الحنابلة: بأن يشترك اثنان فأكثر بماليهما، ليَعملا فيه ببدنيهما، وربحه بينهما. أو يَعمل أحدهما بشرط أن يكون له من الربح أكثر من ربح ماله. «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤٩٧). فهذه التعريفات متفقة في بيان ماهية شركة العِنَان، وإنما الاختلاف في بعض الشروط والقيود حَسَب كل مذهب، وليس هذا محل بحثها.

(٢) قال الأزهريّ: (والغِشّ: نقيض النُّصْح، وهو مأخوذ من الغَشَش، والشُّرْب الغِشاش: =

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية، ووَجْه عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة-: عدم جواز شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان [(١)].

القول الثاني: وهو قول المالكية [(٢)] والصحيح من مذهب الشافعية [(٣)] ووَجْه عند الحنابلة [(٤)]- : جواز شركة العِنان بالمغشوش من الأثمان.

أدلة القول الأول:

١- أن الغش الذي فيها يُعَدّ عَرْضًا، والعُروض قيمتها تَزيد وتَنقص، والقول بجوازه يؤدي إلى استحقاق الإنسان ربح ما لم يَضمن، وهو منهي عنه؛ لأن الشريك إذا باع العَرْض بربح فإنه سيناله شيء من الربح بحكم

= هو غير المريء؛ لأن الماء ليس بصافٍ ولا عَذْب، فلا يَستمرئه شاربه) «تهذيب اللغة» (٨/ ٦) مادة (غشَّ).

والأثمان المغشوشة: هي غير الصافية، بأن خُلِط مع الذهب أو الفضة مَعدِن آخَر.

(١) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ١٧٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٧٦)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٥/ ٢٨٦)، و«إعانة الطالبين» للدمياطي (٣/ ١١٩)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٤)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٢١٠).

(٢) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٨/ ٢١)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٩)، و«منح الجليل» لعليش (٦/ ٢٥٣).

(٣) وقَيَّد الشافعية الجواز بالمغشوش الرائج. انظر: «تحفة المحتاج» للهيتمي (٥/ ٢٨٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٢٦).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٥).

الشركة، وهذا العَرْض لم يكن في ضمانه، وربح الإنسان ما لم يَضمن منهي عنه [١].

٢- أن المغشوش عادةً لا ينضبط، وهو ما يئول بالشريكين إلى النزاع غالبًا، فالقول بتحريمه فيه حسم للنزاع وسد لذريعة الخلاف.

أدلة القول الثاني:

١- لأنه لا يخلو منه الذهب والفضة غالبًا لتصليبهما، فهو لمصلحتهما، وهو متعارف عليه عند الناس قديمًا في تعاملاتهم [٢].

٢- أنها كالعُروض، ويَجوز جعل رأس مال الشركة عُروضًا عند المالكية وبعض الشافعية [٣].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ وذلك لأن دَرْء المفاسد مُقَدَّم على جلب المصالح، وكل ما يؤدي إلى نزاع واختلاف فإن قاعدة الشريعة تَمنع منه.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما دون النصف

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فهم اتفقوا على عدم الجواز فيما إذا كان الغش كثيرًا.

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٢/ ٢٠٨).

(٢) انظر: «الشركات في الفقه الإسلامي» للدكتور رشاد حسن خليل (ص٧٣).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٧٤).

واختَلَف الحنفية والحنابلة فيما ليس بكثير- على قولين:

القول الأول: ذهب الحنابلة إلى جواز شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان، إذا كان الغش قليلًا؛ لمصلحة النقد كالحَبة ونحوها [(١)].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز شركة العِنَان بالمغشوش من الأثمان، إذا كان الغش أقل من النصف [(٢)].

دليل القول الأول:

أنه لا يمكن التحرز منه، وهو لمصلحة تصليب النقد، وهو لا اعتبار به لقلته، ولا يُؤَثِّر في الربا وغيره [(٣)].

دليل القول الثاني:

أن الاعتبار بالأغلب في كثير من الأصول، وما دون النصف ليس بغالب فلا اعتبار له.

الراجح:

رجحنا في المسألة السابقة عدم جواز شركة العِنَان في المغشوش من الأثمان؛ ومِن ثَم فلا يَجوز منه إلا ما فيه مصلحة للنقد لتصليبه، وهو متحقق في القليل، ولا حاجة لِما تجاوز القليل وإن كان دون النصف؛ لأنه إنما جاز للضرورة، والضرورة تُقَدَّر بقَدرها.

---

(١) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٥)، و«الروض المربع للبُهُوتي مع حاشية ابن قاسم» (٥/ ٢٤٦).

(٢) «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ١٧٤).

(٣) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٥)، و«الروض المربع للبُهُوتي مع حاشية ابن قاسم» (٥/ ٢٤٦).

سبب الاستثناء:

يتبين من أدلة القول الأول أن الاستثناء سببه (المصلحة) وهي مصلحة تصليب النقد؛ لأنه إذا لم يُصَلَّب صار لَيِّنًا.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرورات تُقَدَّر بقَدرها) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير).

وبيان ذلك: أن شركة العِنان بالمغشوش من الأثمان لا تَجوز، ورَخَّصْنا في القليل لمصلحة النقد من باب الضرورة بقدر ما يكفي لتصليبه، ولا يَجوز ما عدا ذلك[1].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٧٣).

المطلب الثاني

استثناء السفر المَخُوف من جواز السفر بالمال للمُضارِب

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم السفر بالمال للمُضارِب

تحرير محل النزاع:

١- إذا نهى رب المال الـمُضارِبَ عن السفر، فلا يَجوز أن يسافر بالمال إجماعًا.

٢- إذا أَذِن رب المال للمُضارِب بالسفر، فيَجوز له السفر إجماعًا (١).

٣- إذا أَطْلَق رب المال فلم يأذن ولم يَنْهَ عن السفر، فقد اختَلف الفقهاء في جواز سفره بالمال- على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى جواز سفر المُضارِب بالمال. وهو قول مرجوح في مذهب الشافعية، ووَجْه عند الحنابلة (٢).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم جواز سفر المُضارِب بالمال. وهو وجه عند الحنابلة أيضًا (٣).

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٣١٧)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٣٧٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٨٠).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٨٨)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٢٥)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٦٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٣٤)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٠).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٣٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤١١)، =

أدلة القول الأول:

١- لأن المُضارَبة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ۙ﴾[(١)]، فملك ذلك بمطلقها.

٢- ولأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جَرَتْ به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرًا وحضرًا[(٢)].

٣- ولأن المقصود من العقد استنماء المال، وهو بالسفر أوفر[(٣)].

أدلة القول الثاني:

١- مَا رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمُسَافِرُ وَأَهْلُهُ عَلَى قَلَتٍ إِلَّا مَا وَقَى اللهُ»[(٤)] يعني: على خطر. والمُضارِب لا يَجوز له أن يخاطر بالمال[(٥)].

= و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٣٧٣)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٠).

(١) سورة المزمل: الآية (٢٠).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٨٠).

(٣) «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٨٨).

(٤) ذَكَره ابن قُتَيْبة في «غريب الحديث» (٢/ ٥٦٤) حكاية عن الأصمعي عن رجل من الأعراب. وابن الأثير في «النهاية» (٤/ ٩٨). قال ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٢١١):

(وقد أَنْكَره النووي في «شرح المهذب» فقال: ليس هذا خبرًا عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب) ولم أقف عليه.

وقال الألباني في «الإرواء» (٥/ ٣٨٣): (ضعيف جدًّا، أخرجه السِّلَفِي في «أخبار أبي العلاء المَعَري» من طريق المَعَرِي هذا، وحاله معروف)..

(٥) انظر: «تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٣٧٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٨٠).

يجاب عنه: بأن الحديث ضعيف جدًّا، لا تَقوم به حُجة [(١)].

٢- ولأنه مُؤتَمَن، فلم يَجز أن يسافر بالمال، كالوكيل [(٢)].

يجاب عنه: بأن الأصل في الأمانات أن الأمين يتصرف لمصلحتها، ولا يَضمن إلا في حال التعدي أو التفريط. فإذا رأى المُضارِبُ أن السفر فيه مصلحة للمال، فإنَّ عَمَله جائز ما لم يخالف نصًّا شرعيًّا، ولا يَضمن إلا في حال التعدي أو التفريط.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء السفر المخوف

يَرِد الاستثناء على أصحاب القول الأول، فاسْتَثْنَوْا جميعًا حالة واحدة لا يَجوز للمُضارِب فيها السفر بالمال، وهي ما إذا كان السفر مَخُوفًا [(٣)].

ودليلهم عليه: أن السفر المَخُوف يُعَدّ تعديًا من المُضارِب؛ لأنه فَعَل ما ليس له فِعله؛ إذ الأصل أن تصرفات المُضارِب منوطة بالمصلحة، فإذا تَصَرَّفَ بما يرجع على رب المال بالضرر، فإنه تَعَدٍّ يوجب عليه الضمان حال التلف [(٤)].

---

(١) «فتاوى ابن تيمية» (١/ ٢٥٠).

(٢) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤١١).

(٣) «الفتاوى الهندية» (٤/ ٢٩٣)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (٦/ ٢١٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٣٤)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٨٠).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٨٠).

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن السفر المَخُوف يَضُر برب المال في حال تلف ماله، والشريعة جاءت بمنع الضرر قبل وقوعه.

كما أن تلف المال يسبب النزاع بين رب المال والمُضارِب، فالقول بمنع السفر المَخُوف للمُضارِب فيه حَسْم للنزاع وقَطْع للخلاف، وهو مَقصِد شرعي عظيم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن منع سفر المُضارِب إذا كان السفر مَخُوفًا إنما كان لمصلحة المال، وصيانة له من الضرر المظنون والغالب. وهذه المصلحة تَعود على رب المال والمُضارِب جميعًا بحفظ مال شركتهما.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) لأن السفر المَخُوف فيه إضرار للشريكين بتلف مال الشركة؛ فلذلك مُنِع المُضَارِب من السفر. وفي حال سفره وتلف المال، فإنه يكون ضامنًا لما تَلِف؛ لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله [(١)].

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٦٥).

المطلب الثالث

استثناء ما إذا كان المُضارِب الأول يتضرر بمضاربة المُضارِب لآخَر- من جواز مضاربته لآخَر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مضاربة المُضارِب لآخَر

اتفقت المذاهب الأربعة في الجملة على جواز أخذ المُضارب مالًا آخَر ليُضارِب به[١].

ودليلهم على ذلك:

١- أن المُضارِب بمنزلة الأجير المشترك، فيَجوز له أخذ مالِ آخَر ليُضارِب فيه؛ لإمكان العمل لكل واحد منهما في ذلك الوقت.

وهذا القول لا يوجد له مُخالِف كما ذَكَر ابن قدامة [٢].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان المُضارِب الأول يتضرر

استَثنى المالكية والحنابلة حالة واحدة من المسألة السابقة، وهي ما إذا كان رب المال في الشركة الأولى سيتضرر من مُضارَبة المُضارِب لآخَر.

---

(١) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٨/ ٤٥١)، و«المُدوَّنة» للإمام مالك (٣/ ٦٤٥)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٦٧)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٢٩)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٠٧)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٧).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

مثل أن يكون المال الثاني كثيرًا يَحتاج إلى أن يَقطع زمانه، ويشغله عن التجارة في الأول. أو يكون المال الأول كثيرًا، فإذا انشغل بغيره عنه، انقطع عن بعض تصرفاته. فمَنَعوا المُضارِب هنا من المُضارَبة لآخَر [١].

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- أن المُضارَبة تكون على الحظ والنماء، فإذا فَعَل ما يَمنع ذلك لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين في غير ما وُضِعَتْ له [٢].

٢- أن قاعدة الشريعة المنع من كل ما فيه ضرر، ولا يَجوز لأحد أن يوقع الضرر على أحد بلا مُسَوِّغ شرعي [٣].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لموافقته قاعدة الشرع في منع الضرر.

كما أن فيه قطعًا للنزاع بين المُضارِب ورب المال. وهذا مَقصِد شرعي عظيم.

سبب الاستثناء: المصلحة، وبيان ذلك: أن منع المُضارِب من المُضارَبة لآخَر في حال تضرر الأول- إنما هو لمصلحة رب المال الأول؛ لأن منع الضرر هو في حقيقته مصلحة لرب المال.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) [٤]، وهو واضح جلي في صورة المسألة؛ ولذلك يزول المنع إذا انتفى الضرر، باتفاق المذاهب الأربعة.

---

(١) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٦٧)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٧).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٩٦).

(٣) «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣١١).

(٤) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٦٥).

المطلب الرابع

استثناء الشركة في اكتساب المباحات، وحال اختلاف الصنائع والمكان- من صحة شركة الأبدان [(١)]

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شركة الأبدان

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية، وهو وَجْه ضعيف عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة- إلى صحة شركة الأبدان [(٢)].

---

(١) **سُمِّيَتْ شركة الأبدان بهذا الاسم**؛ لأن العمل يكون من الشريكين بأبدانهما غالبًا.

أما المراد بها في اصطلاح الفقهاء: فقد عَرَّفها الحنفية: بأن يَشتركا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما، كالخَياطِين والصَّبَّاغين. انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ١٨٦).

وعَرَّفها المالكية بأنها: اتفاق شخصين فأكثر مُتَّحِدِي الصنعة أو متقاربيها- على العمل، وما يَحصل يكون على حَسَب العمل. انظر: «الفواكه الدواني» لشهاب الدين الأزهري (٢/ ١٢٠). وعَرَّفها الشافعية بأنها: اشتراك بين مُحترفَين على أن كسبهما بينهما متساويًا أو متفاوتًا، مع اتفاق الصنعة أو اختلافها. انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٢٢).

وعَرَّفها الحنابلة: بأن يَشترك اثنان أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم، كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، أو يشتركون فيما يكسبونه من المباح كالاصطياد. انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٤). وهذه التعريفات اتفقت في بيان ماهية الشركة، واختلفت في بعض الشروط، وليس هذا محل بحثها.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٥٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٢١)، =

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن شركة الأبدان باطلة [(١)].

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [(٢)].

وَجْه الاستدلال: أن اشتراك الغانمين في المغانم مِن قَبيل المشاركة بالأعمال، فَهُم إنما استحقوا الغنيمة بالعمل، وهو الجهاد في سبيل الله.

٢- ما جاء عن أبي عُبَيْدة [(٣)]، عن عبد الله بن مسعود قال: «اشتركنا يوم بدر أنا وعمار وسعد فيما أصبنا يوم بدر، فأما أنا وعمار فلم نجئ بشيء، وجاء سعد بأسيرين» [(٤)] ومِثل هذا لا يَخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم [(٥)].

اعتُرِض عليه: بأن الحديث مُرسَل، فلا يُحتجّ به.

= و«العناية شرح الهداية» للبابرتي (٦/ ١٨٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٣٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٩٦)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٦١)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٧٩)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٥٢٧).

(١) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٧٩)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٢٣).

(٢) سورة الأنفال: الآية (٤١).

(٣) **هو: أبو عُبَيْدة بن عبد الله بن مسعود، مشهور بكنيته، والأشهر أنه لا اسم له غيرها**، ويقال: اسمه عامر. كوفي، ثقة، من كبار الثالثة، مات قبل المئة بعد سنة ثمانين. «تقريب التهذيب» لابن حجر(١/ ٦٥٦).

(٤) أخرجه أبو داود في «سُننه»، في كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال (٣/ ٢٥٧) برقم (٣٣٨٨)، والنَّسائي في كتاب المزارعة، باب شركة الأبدان (٧/ ٥٧) برقم (٣٩٣٧).
قال ابن حجر في «تقريب التهذيب» (١/ ٦٥٦): (والراجح أنه لا يصح سماعه من أبيه).

(٥) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٥٩).

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث وإن كان مرسلًا، فإن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يرون أن العمل بالحديث المرسل حُجة، فيصح الاستدلال به[(١)].

الوجه الثاني: قال ابن تيمية:

(ويقال: إن أبا عُبَيْدة لم يَسمع من أبيه، لكن هو عالم بحال أبيه، مُتَلَقٍّ لآثاره من أكابر أصحاب أبيه، وهذه حال متكررة من عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فتكون مشهورة عند أصحابه، فيَكْثر المُتحدِّث بها، ولم يكن في أصحاب عبد الله مَن يُتهَم عليه حتى يُخاف أن يكون هو الواسطة؛ فلهذا صار الناس يحتجون برواية ابنه عنه وإن قيل: إنه لم يَسمع من أبيه)[(٢)].

٣- أن الناس ما زالوا يتعاملون بهذه الشركة من زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا، من غير أن يُنْكِر ذلك أحد، فيكون هذا إجماعًا سكوتيًّا[(٣)].

أدلة القول الثاني:

١- أن المقصود من الشركة الربح، والربح يستدعي وجود المال، وهذا النوع من الشركات قائم على غير مال، فلم تصح لعدم تحقق مقصود الشركة منها[(٤)].

---

(١) انظر: «جامع التحصيل في أحكام المراسيل» للعلائي (١/ ٣٣)، و«قفو الأثر» لابن الحنبلي (١/ ٥٥).

(٢) «مجموع الفتاوى» (٦/ ٤٠٤).

وللطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ٩٥) كلام قريب من كلام ابن تيمية.

(٣) انظر: «تحفة الفقهاء» للسمرقندي (٣/ ١١).

(٤) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٢٣).

يجاب عنه: بأن شركة الأموال شُرِعَتْ لتنمية المال، وأما شركة الأبدان فما شُرِعَتْ لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شُرِعَتْ لتحصيل الوصف فلأن تُشْرَع لتحصيل الأصل أَوْلَى (١).

٢- أن شركة الأبدان تنطوي على غرر كثير وجهالة كبيرة؛ لأن كل واحد من الشركاء يَجهل حقيقة عمل صاحبه؛ لأنه متميز ببدنه ومنافعه (٢).

يجاب عنه: بعدم التسليم؛ لأن شركة الأعمال تنعقد برضا الشركاء، وإدراك كل واحد منهم لحقيقة العمل فيها.

وأما الجهالة فإنها يسيرة لا تُفضي إلى النزاع فلا اعتبار بها؛ لأن مِثل هذه الجهالة تَرِد في شركة العِنَان التي يَجهل فيها الشركاء مقدار ما يربحونه، ومع ذلك لم يَقُل أحد من الفقهاء بمنع هذه الشركة اعتمادًا على أن الواجب معرفته بالنسبة للربح، إنما هو نصيب كل من الشركاء فيه.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو جواز شركة الأبدان؛ لأن الأصل في المعاملات الإباحة، ولم يَرِد ما يَحظر هذا ويَمنعه! كيف وقد جاء ما يُعضِّد هذا الأصل؟! ولحاجة الناس إلى مِثل هذه الشركة (٣).

***

---

(١) «الشركات في الفقه الإسلامي» للدكتور رشاد حسن خليل (ص١٣٦).

(٢) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٤).

(٣) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠/ ٩٨)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (١/ ٢٥٩).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات، وحال اختلاف الصنائع والمكان

يَرِد الاستثناء على القائلين بالجواز في المسألة السابقة، فهم اتفقوا على الجواز، واختَلَفوا في استثناء بعض الصور على التفصيل الآتي:

أولًا: التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات:

ذهب الحنفية إلى أن شركة الأبدان في اكتساب المباحات، كالاصطياد والاحتطاب- شركة فاسدة (١) ولا تصح.

ودليلهم على ذلك: أن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء؛ لأن سبب ثبوت المِلك في المباحات الأخذ والاستيلاء، فمَن أَخَذها مَلَكها. وشَرْط تحقق الوكالة أن يكون المُوكَّل به حيث لا يَملكها الوكيل من دون أمر المُوكِّل، وفي المباحات يَملكها الوكيل بلا توكيل، فلم تصح الشركة لعدم صحة الوكالة (٢).

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: لا نُسَلِّم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ وذلك لأن الشخص يصح له أن يستنيب غيره في الحصول على المباحات بغير عِوَض. فكذلك يصح بالأجرة، كالتوكيل في بيع ماله.

الوجه الثاني: يُستدَل بعموم النصوص التي أثبتت شركة الأبدان، والتي سبق ذكرها.

ومنها: ما جاء عن عبد الله بن مسعود قال: «اشتركنا يوم بدر أنا وعمار وسعد

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٦٣).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٢٢-٣٢٣)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ١٩٧).

فيما أصبنا يوم بدر، فأما أنا وعمار فلم نجئ بشيء، وجاء سعد بأسيرين»(١).

وهؤلاء اشتركوا فيما هو مباح وليس بصناعة(٢).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لضعف دليل القائلين به، ولمناقشته بما لا يَدَع فيه مُستمسَكًا. ولعموم الأدلة التي أجازت شركة الأبدان. ولمخالفته الأصل في المعاملات، وهو الحِلّ.

سبب الاستثناء:

يَظهر- والله أعلم- أن سبب الاستثناء هو أن الحنفية استصحبوا حُكْم الوكالة على الشركة؛ لأن الشركة مقتضاها الوكالة، والوكالة عندهم لا تصح في المباحات، فاستصحبوا الحُكْم على الشركة في المباحات.

ثانيًا: التحقيق في استثناء الشركة حال اختلاف الصنائع والمكان:

ذهب المالكية إلى أن اختلاف الصنائع أو اختلاف المكان لا تصح معه شركة الأبدان(٣).

ودليلهم على ذلك: أن مقتضى الشركة أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يَلزمهما، ويُطالَب به كل واحد منهما. فإذا تَقَبَّلَ أحدهما شيئًا مع اختلاف صنائعهما، لم يمكن للآخَر أن يقوم به، فكيف يَلزمه عمله؟! أم كيف يُطالَب بما لا قدرة له عليه؟!

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٦١).

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٣٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٩٦)، و«حاشية الدسوقيّ» (٣/ ٣٦١).

ومِن ثَم يكون العقد مشتملًا على غرر، وقد نهى النبيﷺ عن الغرر [(١)].

أما إذا كانت الصنعة واحدة، أو كانت متلازمة بحيث لا تقوم صناعة أحدهما إلا بالأخرى، وكانا يعملان في موضع واحد، فالشركة بينهما متحققة تمامًا [(٢)].

يجاب عنه: بأن التفريق الذي ذكروه تَحَكُّم لا دليل عليه.

وما ذَكَروه من غرر فإنه يمكن حصوله عند اتفاق الصنائع، فقد يكون أحدهما أحذق وأمهر في الصنعة من الآخر، فربما يَتقبل أحدهما ما لا يمكن للآخَر عمله، ولم يَمنع ذلك من صحتها، مع أنه لا يَلزم مِن تَقَبُّل العمل القيام به بنفسه، بل له أن ينجزه بأعوانه أو أُجرائه [(٣)].

الراجح: يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لعدم الدليل عليه. ولمخالفته الأصل في المعاملات، وهو الحِل.

سبب الاستثناء: النص، وهو ظاهر باستدلالهم بنهي النبي ﷺ عن الغرر.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا لهم؛ لأن الغرر منهي عنه لمصلحة المتعاقدين.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء: يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) [(٤)] وذلك يتضح في الغرر الذي هو علة المنع عند مَن يقول بالاستثناء.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٣٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٩٦)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٦١).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٦).

(٤) انظر: «غمز عيون البصائر» لشهاب الدين الحسيني (١/ ٢٧٥)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٦٥).

المبحث التاسع

المُستثنَيات في باب المساقاة

وفيه مطلب واحد، وهو:

استثناء النخل والكَرْم [1] من عدم جواز المساقاة [2].

---

(١) الكَرْم هو العنب. «مقاييس اللغة» لابن فارس (٥/ ١٧٢).

(٢) **المساقاة لغة**: مُفاعَلة من السَّقْي، وهو أن يَدفع الرجل شجره إلى آخَر؛ ليقوم بسقيه وعَمَل سائر ما يَحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره.

انظر: «تهذيب اللغة» للأزهري (٩/ ١٨٢)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» للبعلي (١/ ٣١٤).

أما في اصطلاح الفقهاء:

فالحنفيّة يسمونها المعاملة، وهي: (العقد على العمل ببعض الخارج، مع سائر شرائط الجواز). «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٨٥).

وعَرَّفها المالكية بقولهم: (عَقْد على خدمة شجر وما ألحق به، بجزء من غلته أو بجميعها). «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي » (٣/ ٥٣٩).

وعَرَّفها الشافعية بقولهم: (أن يُعامِل إنسانٌ إنسانًا على شجرة ليتعهدها بالسقي والتربية، على أن ما رَزَق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما). «روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٥٠).

وعَرَّفها الحنابلة بقولهم: (دَفْع شَجَر إلى مَن يقوم بمصلحته، بجزء معلوم من ثمرته).

«الإنصاف للمَرْداوي مع المقنع والشرح الكبير» (١٤/ ١٨١).

وتعريفات الفقهاء متقاربة من حيث المعنى وبيان ماهية المساقاة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المساقاة

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن المساقاة على الشجر غير المثمر، أو ما ثمرته غير مقصودة- لا تصح [١].

واختلفوا في المساقاة على الشجر المثمر المأكول- على قولين:

القول الأول: ذهب صاحبا أبي حنيفة [٢] وعليه العمل عند الأحناف، والمالكية والشافعي في القديم، ومذهب الحنابلة- إلى جواز المساقاة على الشجر المثمر المأكول[٣].

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد إلى عدم جواز المساقاة[٤].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٨٥)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٧٢)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٣٩)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٥٠)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٤٤)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩٠)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٥٣٢).

(٢) وقد سبقت ترجمتهما.

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٨٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٨٥)، و«المدونة» للإمام مالك (٣/ ٥٦٢)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٣٩)، و«منهاج الطالبين» للنووي (ص١٥٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٢٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٨٢) .

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٨٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٨٥)، و«الأم» للشافعي (٤/ ١١)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٢٢).

أدلة القول الأول:

١- حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»(١)، والمعاملة بمعنى المساقاة والمزارعة. وهذا نص صريح في المسألة(٢).

نوقش: بأنه جاء عن ابن عمر أنه قال: «كنا لا نرى بالخبر بأسًا حتى كان عام أول، فزعم رافع أن نبي الله ﷺ نَهَى عنه»(٣). والمراد بالخبر: المساقاة والمزارعة(٤).

وقد سبق أن ابن عمر هو راوي حديث معاملة النبيّ لأهل خيبر، فيكون ما سبق منسوخًا بهذا الحديث. ويؤيده أن ابن عمر قد رجع عن العمل بالمساقاة إلى ما نقله رافع(٥).

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن النبي ﷺ لم يَزَل يعامل أهل خيبر حتى مات، ثم عَمِل به الخلفاء بعده ثم مَن بعدهم، فكيف يُتصوَّر نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟! أم كيف يُعْمَل ذلك في عصر الخلفاء، ولم يُخْبِرهم مَن سَمِع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟!

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه (٣/ ١٠٤) برقم (٢٣٢٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (٣/ ١١٨٦) برقم (١٥٥١) واللفظ للبخاري.

(٢) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٢٧).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كِرَاء الأرض (٣/ ١١٧٩) برقم (١٥٤٧).

(٤) انظر: «شرح النووي على مسلم» (١٠/ ١٩٣).

(٥) انظر: «شرح مشكل الآثار» للطحاوي (٧/ ١١٦)، و«الهداية» للمرغيناني (٤/ ٣٣٧).

وجمعًا بين الأدلة يُحْمَل النهي في حديث رافع على المعنى المجازي، وهو الكراهة [(١)] مع أنه يَبعد أن يُعامِل النبيُّ ﷺ المعاملة المكروهة ويموت عليها! ولكنه أَلْجَأَنا إلى القول بذلك الجَمْع بين الأحاديث؛ ولذلك أَنْكَر زيد بن ثابت وغيره حديث رافع هذا، وحَمَلوه على أنه غلط في روايته [(٢)].

ويؤيد ما سبق: ما نقله طاوس[(٣)] عن ابن عباس، أنه أخبره أن النبي ﷺ لم يَنْهَ عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا» [(٤)].

كما أن رجوع ابن عمر يحتمل أن يكون عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه [(٥)].

---

(١) انظر: «التحقيق في مسائل الخلاف» لابن الجوزي (٢/ ٢٢٣).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩٠)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني «٥/ ٣٢٢».

وللترمذي في «السُّنن» (٣/ ٦٦٠) كلام حول ذلك عندما ذَكَر حديث رافع، ونصه: (وحديث رافع فيه اضطراب، يُروى هذا الحديث عن رافع بن خَديج، عن عمومته. ويُرْوَى عنه عن ظُهَيْر بن رافع وهو أحد عمومته. وقد رُوِي هذا الحديث عنه على روايات مختلفة).

(٣) هو الفقيه، القدوة، عالم اليمن، أبو عبد الرحمن، طاوس بن كَيْسان، الفارسي الأصل، ثم اليمني المولد والمنشأ، الجَنَدِي. وُلِدَ عام (٣٣هـ) باليمن.

من أكابر التابعين، ولازَم ابن عباس مدة، وهو معدود في كبراء أصحابه، تُوفي وهو حاج سَنة (١٠٦هـ).

انظر: «سِيَر أعلام النبلاء» للذهبي (٥/ ٣٨-٤٥)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٢/ ٤٠-٤١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمرة (٣/ ١٠٧) برقم (٢٣٤٢).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب الأرض تُمْنَح (٣/ ١١٨٤) برقم (١٥٥٠).

(٥) «تهذيب السُّنن» لابن القيم (٩/ ١٨٥).

وإذا تطرق الاحتمال إلى الدليل بَطَل به الاستدلال [(١)].

وعلى فرض أن رجوعه كان لحرمة المساقاة عنده، فإن العبرة إذا تعارض فعل الصحابي مع روايته- تكون بما رواه لا بما رآه [(٢)].

الوجه الثاني: لو قُدِّر أن أحاديث المنع مُعارِضة لأحاديث الجواز، لكان النَّسْخ أَوْلَى بأحاديث المنع؛ لأنه لا بد من الذَّهاب إلى القول بنَسْخ أحد الخبرين. ويستحيل نسخ أحاديث الجواز؛ لاستمرار العمل بها من النبي ﷺ إلى أن تُوفي، وعمل بها الخلفاء الراشدون مِن بعده [(٣)].

٢- أن كثيرًا من أهل النخيل والشجر يَعجزون عن عمارته وسقيه، ولا يمكنهم الاستئجار عليه. وكثير من الناس لا شجر لهم، ويحتاجون إلى الثمر. ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين[(٤)].

دليل القول الثاني: أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والربع- استئجار بثمرة مجهولة؛ لأنها ثمرة لم تُخْلَق، فلا يُعْلَم قدرها؛ لأن الشجر قد لا يثمر، وهذا غرر، والغرر منهي عنه، ويوجب فساد العقد كالإجارة[(٥)].

يجاب عنه من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه قياس في مقابل النص، ولا حُجة لقياس قد عارض نصًّا!

الوجه الثاني: أن قولهم: (استئجار بثمرة مجهولة) غير صحيح، إنما هو عقد على

---

(١) انظر: «كشاف القناع» للبُهوتي (٣/ ٥٣٣).

(٢) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣٤).

(٣) انظر: «تهذيب السُّنن» لابن القيم (٩/ ١٨٤).

(٤) «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ١٨٦).

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٧٥).

العمل في المال ببعض نمائه، فهو كالمُضارَبة؛ لأن الإجارة لا بد فيها من تحديد مدة الاتفاق، وهذا غير موجود في المساقاة.

وينكسر ما ذَكَروه (١) **بالمُضارَبة**؛ فإنه يُعْمَل في المال بنمائه، وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، والمساقاة في معناها!

ونظير ذلك أن الشارع أجاز العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فكذا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة (٢).

الوجه الثالث: أن (التصرفات العَدْلية في الأرض جنسان: مُعاوَضات ومُشارَكات. والمساقاة والمزارعة ونحوهما من جنس المشاركة، ليسا من جنس المعاوضة المحضة، والغَرَر إنما حُرِّم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أَكْل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخَر؛ لأنه إن لم يَنبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة الآخَر؛ إذ هو لم يستوفها ولا مَلَكها بالعقد ولا هي مقصوده، بل ذَهَبَتْ منفعة بدنه، كما ذَهَبَتْ منفعة أرض هذا، ورَبّ الأرض لم يَحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والآخَر لم يأخذ شيئًا.

بخلاف بيوع الغَرر وإجارة الغَرر، فإن أحد المُتعاوضَين يأخذ شيئًا، والآخَر يبقى تحت الخطر، فيُفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما، وهذا المعنى مُنتفٍ في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم ألبتة، لا في غرر ولا في غير غرر) (٣).

---

(١) وهو قولهم: (استئجار بثمرة مجهولة).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩١).

(٣) «القواعد النورانية» لابن تيمية (ص٢٣٣-٢٣٤).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لوجود النص. ولحاجة الناس إليها، مع اضطراب ألفاظ حديث رافع الذي استَدل به أصحاب القول الثاني [١] وهذا من علامات ضعف القول الثاني.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء النخل والكَرْم

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، إذ استَثنى الشافعي في الجديد- النخل والكَرْم، فأجاز فيهما المساقاة من دون سائر الشجر [٢].

ودليله على ذلك: أنه ورد النص على النخل في روايات حديث ابن عمر السابق [٣].

ويقاس عليه الكَرْم؛ لأنه في معناه، بجامع وجوب الزكاة فيهما وإمكان الخَرْص [٤] لأن ثمرهما بائن من شجره، لا حائل دونه يَمنع إحاطة الناظر إليه، وثمر غيرهما متفرق بين أضعاف ورق لا يحاط بالنظر إليه [٥].

---

(١) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٣٠)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩٠).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٤/ ١١)، و«منهاج الطالبين» للنووي (ص ١٥٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٢٢)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٤٤).

(٣) وهي رواية مسلم، وقد سبق تخريجها.

(٤) **وعمدته في ذلك كما يقول ابن عبد البر في «الاستذكار»** (٧/ ٤٣): أن المساقاة عنده لا تَجوز إلا فيما يَجوز فيه الخَرْص، والخَرْص لا يَجوز إلا فيما وردت فيه السُّنة فأخرجته عن المُزابَنة، كما أخرجت العرايا منها، وذلك النخل والعنب خاصة.

(٥) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٣٦٣)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٢٢).

يجاب عنه: بأن سبب الجواز في المساقاة هو الحاجة الداعية لها، وهذا متحقق في كل ثمر، فيقاس الجميع على النخل للحاجة في كل، ولا يوجد نص شرعي يَمنع غير النخل والكَرْم، ووجوب الزكاة ليس من العلة المُجَوِّزة للمساقاة، ولا أثر له فيها(١).

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة جواز المساقاة في الشجر المثمر المأكول، من دون تفريق بين النخل والكَرْم وغيرهما؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في رواية مسلم لحديث ابن عمر؛ إذ نَصَّ على النخل. أما الكَرْم فسببه القياس على النخل، بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخَرْص.

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩١)، و«زاد المعاد» لابن القيم (٣/ ١٣٠).

المبحث العاشر

المُستثنَيات في باب الإجارة

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به.

المطلب الثاني: استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها.

المطلب الثالث: استثناء حال ما إذا أَجَّر الشريكان معًا- من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبي.

المطلب الرابع: استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته- من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد.

المطلب الخامس: استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص.

المطلب السادس: استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعُروض.

المطلب السابع: استثناء الظِّئْر من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

المطلب الأول

استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم استئجار الحيوان للصيد به:

اختَلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية في أحد القولين، والمالكية والشافعيّة والحنابلة- إلى جواز إجارة الحيوان للصيد إذا كان مُعَلَّمًا ويمكن الاصطياد فيه.

واشتَرط الحنفية والحنابلة أن تكون المدة معلومة [(١)].

القول الثاني: ذهب الحنفية في أحد القولين إلى عدم جواز إجارة الحيوان للصيد به [(٢)].

دليل القول الأول:

أن فيه نفعًا مباحًا تَجوز إعارته، فجازت إجارته له كالدابة [(٣)].

دليل القول الثاني:

أن المنفعة المطلوبة غير مقدور على استيفائها؛ إذ لا يمكن إجبار الحيوان على الصيد [(٤)].

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٩٦)، و«حاشية العدوي» (١/ ٥٧٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٧٨)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٦).

(٢) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (١/ ١٠٩).

(٣) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٤/ ٣١٩).

(٤) انظر: «الفتاوى الهندية» (٤/ ٤٥٤).

نوقش: بأن المنفعة المطلوبة مقدور عليها غالبًا إذا كان الحيوان مُعَلَّمًا، كاستئجار الدابة للركوب ونحوه، فالدابة قد تَنفر ومع ذلك صحت إجارتها للركوب. والحُكْم للأغلب.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- جواز إجارة الحيوان الـمُعلَّم إذا أمكن الاصطياد به؛ لأن الأصل في المعاملات الحِلّ، ولم يَرِد دليل يَنقلنا عن هذا الأَصل.

وما أورده أصحاب القول الثاني تعليل عليل، لا يقوى على معارضة هذا الأصل.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الكلب:

ذهب الحنفية، وهو الصحيح من مذهب الشافعية والحنابلة- إلى استثناء استئجار الكلب من حكم الجواز في المسألة السابقة [(١)].

واستدلوا بما يأتي:

١- أن اقتناء الكلب لا يَجوز إلا للحاجة، وهي الصيد وحفظ الماشية، بدلالة حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَن اقتَنى كلبًا إلا كلب ماشية أو كلب صيد، نَقَص من عمله كل يوم قيراط» وفي رواية: «أو كلب حرث» [(٢)].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٧٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٩٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٤٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (١٧٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣١٨).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الذبائح والصيد، باب مَن اقتَنى كلبًا ليس بكلب صيد أو ماشية (٧/ ٨٧) برقم (٥٤٨٠).

وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب، وبيان نَسْخه، وبيان تحريم =

وما أبيح للحاجة لم يَجز أخذ العِوَض عليه، كالميتة للمضطر [(١)].

٢- ولأنه حيوان مُحَرَّم بيعه لنهي النبي ﷺ عن ثمنه [(٢)]، والثمن المنهي عنه في بيع الكلب عامّ، يشمل عينه ومنفعته، وحَصْر الحديث في أحدهما تَحَكُّم لا دليل عليه [(٣)].

وبِناء عليه، فلا يَجوز تَمَلُّك منفعته بالإجارة [(٤)].

٣- ولأن منفعته لا تُضْمَن في الغصب، ولا يَلزم الغاصب دفع عِوض لبقائه عنده مدة الغصب. وعليه فلا يَجوز أخذ عوض عنه في الإجارة [(٥)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة القائلين بالاستثناء. ولأن الإجارة كالبيع، ولا وَجْه للتفريق بينهما.

= اقتنائها (٣/ ١٢٠٢) برقم (١٥٧٤) واللفظ لمسلم.

والقيراط هو: جُزء من أجزاء الدينار، وهو نصف عُشْره في أكثر البلاد. «النهاية» لابن الأثير (٤/ ٤١-٤٢) مادة (قَرَطَ).

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٤٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطب، باب الكهانة (٧/ ١٣٦) برقم (٥٧٦١)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، وحُلْوان الكاهن ومَهْر البَغِيّ (٣/ ١١٩٨) برقم (١٥٦٧).

(٣) هذا جواب مقدر على المالكية القائلين بجواز إجارة كلب الصيد؛ لأنهم يُفَرِّقون بين البيع والإجارة، ففي البيع يكون العقد على العين، وهو مُحَرَّم لنص الحديث، وفي الإجارة يكون العقد واردًا على المنفعة وهي مباحة. انظر: «شرح مختصر خليل» للخرشي (٣/ ٤٤).

(٤) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٤٢٦).

(٥) انظر: «نهاية المطلب» للجُويني (٥/ ٤٩٢).

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في الأدلة التي استَدل بها القائلون بالاستثناء.

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا آخَر؛ لأنهم قاسوا أخذ العِوض على إجارة الكلب على أخذ العوض على الميتة؛ لأنهما إنما أبيحا للحاجة، فلم يَجز أخذ العوض عليهما.

المطلب الثاني

استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الكتب للقراءة

المراد بالمسألة: إذا كانت الكتب مباحة النفع غير ضارة، ككتب الفقه والحديث والشِّعر المباح... ونحوها من كتب العلم.

فقد اختلَف العلماء في حكم إجارتها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب متأخرو المالكية والشافعية والحنابلة- إلى جواز إجارة الكتب النافعة للنظر والقراءة فيها والنَّسْخ منها، ونحو ذلك من سائر أنواع الانتفاع[(١)].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم جواز إجارة الكتب للقراءة والنظر، ولا تصح ولا تجب فيها الأجرة [(٢)].

القول الثالث: ذهب المالكية إلى كراهة إجارة الكتب للقراءة فيها [(٣)].

دليل القول الأول: أن الكتب فيها منفعة مباحة ومقصودة ومملوكة، وواقعة لغير

---

(١) انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٥٣٧)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٨)، و«حاشيتي قليوبي وعميرة» (٣/ ٧٠) ، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٦/ ٣٦)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٧٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٥).

(٣) انظر: «المدونة» للإمام مالك (٣/ ٤٣٠)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٤١٨).

ضرورة، ومقدور على تسليمها، وتُستوفَى مع بقاء العين، وتَجوز إعارتها، فجازت إجارتها [(١)].

دليل القول الثاني:

أن منفعة النظر في الكتب والقراءة فيها منفعة مباحة لا أجر فيها، والإجارة هي بيع المنفعة، والمباح لا يكون محلًّا للبيع، كالأعيان المباحة من الحطب والصيد، لا أجر فيها لانعدام المعاوضة، وكمَن يستأجر سقفًا ليَنظر إلى عمله وتصاويره [(٢)].

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن قياسهم منفعة الكتب على الأعيان المباحة قياس مع الفارق؛ لأن الأعيان غير مملوكة لأحد أصلًا. بخلاف الكتب ففيها منفعة مملوكة لصاحبها، وقد اشتَرط الفقهاء في المنفعة المؤجرة أن تكون مملوكة لصاحبها [(٣)].

الوجه الثاني: أن قياسهم منفعة الكتب على النظر إلى السقف قياس غير صحيح؛ للفارق بين هذه الأمور!

فالنظر إلى السقف إن كان لمجرد النظر فلا حاجة إليه، ولم تَجْرِ العادة بالإعارة لأجلها. أما إن كان النظر في تصاوير وزخرفة السقف ونحوه، ففيها منفعة مقصودة كتَعَلُّم صنعة أو مهارة ونحو ذلك، فهذه منفعة معتبرة يَجوز بيعها، وبَذْل المال في تَعَلُّمها وإجارتها، كسائر المنافع [(٤)].

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٣٩١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٧٥).

(٣) انظر: «حاشيتي قليوبي وعميرة» (٣/ ٧٠).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

دليل القول الثالث: قالوا: تُكْرَه إجارة الكتب قياسًا على كراهة بيعها؛ لئلا يَقِل طلب العلم، والمطلوب نشر العلم وبثه [(١)].

نوقش: بأن في بيع الكتب وإجارتها انتشارًا للعلم، وسببًا لحفظه وصونه، فلا مقتضى للقول بالكراهة.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- جواز إجارة الكتب النافعة؛ لِما تقدم من الأدلة والمناقشة.

ولعدم وجود المانع؛ إذ الأصل الجواز.

ولأن الأصل في مال المسلم حرمته، فلا يُنتفع منه إلا بإذن منه أو بعِوَض مبذول.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المصحف

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ استَثنى الحنابلة في المشهور عندهم إجارة المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها، ومَنَعوا من ذلك. وعلة المنع عندهم مبنية على قولهم في المنع من بيع المصحف.

ولهم في ذلك أدلة، وهي:

١- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:** «وَدِدتُ أني رأيتُ الأيدي تُقْطَع في بيع المصاحف» [(٢)].

---

(١) انظر: «حاشيتي قليوبي وعميرة» (٣/ ٧٠) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، في كتاب البيوع، باب بيع المصاحف (٨/ ١١٢) برقم (١٤٥٢٥). =

٢- **ما جاء عن عبد الله بن شقيق** [١] **قال:** «كان أصحاب رسول الله ﷺ يَكرهون بيع المصاحف وتعليم الغلمان بالأجر، ويُعَظِّمون ذلك» [٢].

ومِثله عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما ما يدل على كراهتهما له [٣].

٣- ولأنه يجب صون القرآن من أن يكون في معنى السلع المبتذلة بالبيع والإجارة[٤].

ويمكن أن تناقش أدلتهم بما يأتي:

أولًا: أن الأصل في البيع والإجارة الحِل، وقد قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[٥]، ولا يمكن معارضة هذا الأصل أو الاستثناء منه إلا بنص أو إجماع، وهذا غير موجود.

ثانيًا: أن البيع- ومِثله الإجارة- مشتمل على منفعة عظيمة، وهي نشر العلم وتعليمه.

= وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، في كتاب البيوع والأقضية، مَن كَرِه شراء المصاحف (٤/ ٢٨٧) برقم (٢٠٢٠٩).

(١) هو: **عبد الله بن شَقيق العُقَيْلي، بصري، ثقة، من الثالثة، كان يَحمل على عليّ** رضي الله عنه، أَخْرَج له مسلم وأصحاب «السُّنن»، مات سنة (١٠٨هـ) في ولاية الحَجاج بن يوسف على العراق..

انظر: «تهيب الكمال» للمِزيّ (١٥/ ٨٩)، و«تقريب التهذيب» لابن حجر (١/ ٣٠٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، في كتاب البيوع، باب الأجر على تعليم الغلمان وقسمة الأموال (٨/ ١١٥) برقم (١٤٥٣٤).

(٣) أخرجهما البيهقي في «السُّنن الصغير»، في كتاب البيوع، باب كراهية بيع المصاحف (٢/ ٢٨٠) برقم (١٩٩٣).

(٤) «المغني» لابن قدامة (٤/ ١٩٨).

(٥) سورة البقرة: الآية (٢٧٥).

وليس في البيع ابتذال أو امتهان للمصحف؛ إذ لو كان فيه ذلك لحُرِّم بيع كتب العلوم الشرعية كلها. وقد اشتَغل في البيع الأنبياء والرسل، صلوات الله وسلامه عليهم.

ثالثًا: أَنَّ مَنْع الناس من بيعه وكذا إجارته سيؤدي إلى التضييق عليهم، وندرة وجوده بأيديهم. وفي هذا مَفسدة وأي مَفسدة!

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لعدم الدليل على منع إجارة المصحف. ولِما يترتب على منع إجارته من التضييق على الناس وعدم انتشار العلم، وهذا يخالف المَقصِد الشرعي.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياس الحنابلة إجارة المصحف على بيعه، بجامع امتهان المصحف في كُلٍّ.

المطلب الثالث

استثناء حال ما إذا أَجَّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة المشاع لأجنبي:

المراد بالمسألة: أن تكون أرض أو دار مشتركة بين شخصين، فيُؤَجِّر أحدهما نصيبه منها لشخص أجنبي.

فاختَلَف العلماء في صحة هذه الإجارة- على قولين:

القول الأول: ذهب صاحبا أبي حنيفة (١) والمالكيّة (٢) والشافعية (٣) وهو رواية عن الإمام أحمد- إلى صحة هذه الإجارة (٤).

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة، وهو المُفتَى به عند الحنفية، والمشهور من مذهب الحنابلة- إلى عدم صحة إجارة الشريك نصيبه لأجنبي (٥).

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٢٥-١٢٦)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده. وقد سبقت ترجمة الصاحبَين.

(٢) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٤٢٢)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٤).

(٣) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٤٤)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٧٨).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣٣٥).

(٥) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٦/ ٣٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٢٥-١٢٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٢٣)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن المزارعة، وأَمَر بالمُؤاجَرة وقال: «لا بأس بها»[(١)].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أَمَر بالمؤاجرة، ولم يخص مشاعًا من غير مشاع[(٢)].

١- القياس على البيع، فإذا جاز بيع المشاع جازت إجارته.

٢- لا يمكن أن تُعَطَّل العين المملوكة لأكثر من واحد من الانتفاع بسبب الشيوع، فإذا أمكن الانتفاع بين الشريك وشريكه عن طريق المهايأة[(٣)]، فإن المُستأجِر يَحل محل المُؤجِّر في الانتفاع بنصيبه عن طريق المهايأة.

٣- إذا كان الشيوع الطارئ بعد عقد الإجارة لا يفسدها، فلو تمت إجارة العين ثم بِيع بعضها مشاعًا، لم يَفسد عقد الإجارة عند الجميع؛ فكذلك الشيوع القائم عند العقد، ينبغي له ألا يُفسِدها[(٤)].

دليل القول الثاني:

أن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه؛ لأنه اسم لسهم غير معين، وغير المعين لا يُتصوَّر تسليمه بنفسه حقيقة، وإنما يُتصوَّر تسليمه بتسليم المتبقي، وذلك غير معقود عليه، فلا يُتصوَّر تسليمه شرعًا، وإذا لم يمكن استيفاء المنفعة إلا بالتصرف في حصة شريكه،

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب في المزارعة والمؤاجرة (٣/ ١١٨٤) برقم (١٥٤٩).

(٢) «المُحَلَّى» لابن حزم (٧/ ٢٨).

(٣) هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. «التعريفات» للجرجاني (١/ ٢٣٧).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٢٧).

فإنه يُمْنَع من إجارة المشاع [١].

يجاب عنه من وجهين:

أحدهما: أن إمكان التسليم ممكن؛ لأن المُستأجِر يحل محل الشريك عن طريق المهايأة، وإذا كان الشيوع لم يَمْنَع الشريك من الانتفاع، فكذلك مَن يَحل محله [٢].

الثاني: أن الشيوع إذا لم يَمنع صحة البيع، لم يَمنع صحة الإجارة [٣].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول بصحة الإجارة؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة القول الثاني.

ولأن فيه تمسكًا بالأصل وهو الحِل.

ولِما يترتب على القول الثاني من التضييق والتحريج على الناس بلا مُسَوِّغ.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا أَجَّر الشريكان معًا:

المراد بالمسألة: أن تكون دار مشتركة بين رجلين، فيؤجراها لشخص آخَر.

وهذه الصورة لا خلاف فيها بين العلماء [٤]، وهو استثناء باعتبار القول الثاني

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٨٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣٣٤).

(٢) انظر: «أحكام المشاع في الفقه الإسلامي» لصالح السلطان (١/ ٣٥٧، ٣٥٨).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٨٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٢٥)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٤٢٢)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٧٧)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤٠٩).

في المسألة السابقة؛ إذ إنهم أجازوا هذه الصورة من المنع السابق.

ودليلهم عليه: أن مدار الجواز على إمكانية استيفاء المنفعة، وهو ممكن هنا، فالمعنى الذي لأجله مُنِع أحد الشريكين من إجارة نصيبه لأجنبي- هو عدم القدرة على التسليم، وهو غير موجود هنا؛ لأنهما أَجَّراها معًا، ويسلمانها تسليمًا واحدًا [(١)].

وبِناء على ما رجحنا في المسألة السابقة، فإنه لا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه يكون من بابِ الأَوْلَى.

سبب الاستثناء:

الإجماع. وبيانه: أن الفقهاء اتفقوا أن مِن شروط المعقود عليه القدرة على التسليم[(٢)]، ففي المسألة السابقة كان المانع عندهم عدم القدرة على التسليم، فلما زال المانع زال الحُكْم، فصار العقد صحيحًا مكتمل الشروط والأركان.

---

(١) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٣/ ٢٣٨-٢٣٩).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٧)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/ ١٩٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٣)، و«المغني» لابن قدامة (١٤/ ١٥١).

المطلب الرابع

استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته- من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة:

اختَلَف الفقهاء في اشتراط الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة- على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة- إلى أنه لا يُشترَط في المدة أن تلي العقد، بل يَجوز أن تكون المدة مؤجلة. كأن يقول: (أَجَّرتُك شهر رجب) وهو في صَفَر، ونحو ذلك، إذا بَيَّن وقت الابتداء، وأمكنه التسليم في الوقت المحدد.

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية [(١)].

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى اشتراط أن تلي المدةُ العقدَ، فلا تصح إجارة العين لمنفعة مستقبلية، كإجارة الدار السَّنة المستقبلة [(٢)].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ٢٠٣)، و«العناية شرح الهداية» للبابرتي (٩/ ١٣١)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٩/ ١٣٢)، و«التلقين» لابن نصر (٢/ ١٥٨)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٥٧٦)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٤)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣٥٦)، و«الفتاوى الكبرى» لابن تيمية (٥/ ٤٦٢) و«مجموع الفتاوى» له أيضًا (٢٠/ ٥٤٥). وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) الشافعية لم يفرقوا بين البيع والإجارة، فالأعيان عندهم لا تَقبل التأجيل، بيعًا كان أو إجارة. =

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا زَوْج النبي ﷺ قالت:** «واستأجر رسول الله رجلًا من بني الدِّيل هاديًا خِرِّيتًا[١]، وهو على دِين كفار قريش، فدَفَعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليالٍ، فأتاهما براحلتيهما صُبْح ثلاث»[٢].

فدل هذا على جواز إضافة عقد الإيجار إلى الزمن المستقبل[٣].

٢- ولأن التأجيل في عقد الإجارة ضرورة؛ لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع، والمنافع لا يُتصوَّر وجودها في الحال، فدعت الضرورة إلى الإضافة إلى المستقبل.

أدلة القول الثاني:

١- **أن الأصل والعُرْف في المدة المعقود عليها أن تلي العقد**؛ لأن العقد موجب للانتفاع بمجرد حصوله. ولأن العقد لو وَقَعَ على عَشَرة أيام مثلًا بلا تحديد لأولها، فإنها تنصرف لما يلي العقد إذ هو الأصل، وإلا وقعت الإجارة على مدة مجهولة، وكان ذلك مفضيًا للغرر[٤].

= وأما ما في الذمة فيَجوز حالًّا ومؤجلًا، بيعًا كان أو إجارة كالسَّلَم.

انظر: «منهاج الطالبين» للنووي (١/ ١٦٠)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٥١).

(١) هو: الماهر الذي يَهتدي لأَخْرات المَفاوِز، وهي طُرُقها الخفية ومَضايقها. «لسان العرب» لابن منظور (٢/ ٣٠) مادة (خرت).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام (٣/ ٨٨) برقم (٢٢٦٣).

(٣) انظر: «عمدة القاري» للعيني (١٢/ ٨٢).

(٤) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٤٦).

نوقش: بأن الأصل والعرف يُرْجَع إليهما إذا لم يُحدَّد ابتداء العقد، أما مع وجود تحديد للمدة ابتداءً وانتهاءً فلا فرق بين كونها تلي العقد أم لا. والشرط إذا كان صحيحًا كان لازمًا ومُقَدَّمًا على الأصل.

٢- ولأنه عَقْد على ما لا يمكن تسليمه في الحال، فأشبه إجارة العين المغصوبة(١).

نوقش: بأن عدم القدرة على التسليم في الحال لا يوجب الفساد مطلقًا، فقد أجاز الشارع عقد السَّلَم مع عدم تسليم المبيع في الحال، وأجاز تأخير تسليم الثمن أو المُثَمَّن عن عقد البيع. ومثله تأخير الانتفاع بالعين المؤجرة بحيث لا تلي العقد، وإنما تُشترَط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمُسْلَم فيه، ولا يُشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد (٢).

الراجح:

يترجح - **والله أعلم - مذهب جماهير العلماء**؛ لأن التأجيل يُعَدّ من باب الشروط في البيع، والأصل في الشروط الصحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه ومنعه، ولا دليل على المنع من اشتراط تأخير المدة بحيث لا تلي العقد إذا كان وقت الابتداء بَيِّنًا، وأمكن التسليم في الوقت المحدد.

***

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣٥٦).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٣٥٦).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن كانت العين في إجارته

يَرِد الاستثناء على مذهب الشافعية السابق، فاسْتَثْنَوْا حالة واحدة يَجوز فيها إجارة العين لمدة لا تلي العقد، وهي ما إذا كانت إجارتها لمن كانت العين في إجارته[(١)].

ودليلهم على ذلك: أن المدتين متصلتان والمُستأجِر واحد، كما لو أَجَّر المدتين بعقد واحد، فلا وجه للغرر والجهالة مع تحقق تسليم العين للمُستأجِر، فصَحَّ بذلك العقد[(٢)].

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة مذهب الجمهور في عدم اشتراط أن تلي مدةُ الإجارة العقدَ؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه لا فرق بين جواز إجارتها سواء لمن كانت العين في إجارته أو لم تكن في إجارته، إذا كانت مدة تأجيلها بعد استيفاء الأول لمنفعته؛ لأن جواز هذه الصورة داخل ضمنًا في مذهب الجمهور.

سبب الاستثناء:

الإجماع. وبيانه: أن الفقهاء اتفقوا أن مِن شروط المعقود عليه القدرة على التسليم[(٣)]، ففي المسألة السابقة كان المانع عندهم عدم القدرة على التسليم، فلما زال المانع زال الحُكْم، فصار العقد صحيحًا مكتمل الشروط والأركان.

---

(١) انظر: «منهاج الطالبين» للنووي (١/ ١٦٠).

(٢) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٥١).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٤٧)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/ ١٩٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٣)، و«المغني» لابن قدامة (١٤/ ١٥١).

المطلب الخامس

استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص [(١)]

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان على الأجير الخاص

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الفقهاء عامة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- إلى أن الأجير الخاص مُستأمَن، لا يَضمن ما هلك في يده، أو هَلَك في عمله المأذون له فيه، وأجرته كاملة [(٢)] بل صَرَّح المالكية بأنه لو شُرِط عليه الضمان، فهو شرط يناقض العقد ويُفْسِد الإجارة [(٣)].

---

(١) **الأجير الخاص**: هو مَن قُدِّر نفعه بالزمن، بحيث يختص المُستأجِر بمنفعته في مدة الإجارة، لا يشاركه فيها غيره. كمن استُؤجِر لخدمة أو خياطة أو رعايةٍ شهرًا أو سَنة.

انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١٣٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٧)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٦٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٤٧١) .

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ٢١١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٣٤)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٥٥٦)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٦٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٨٩)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٢٦٩).

(٣) «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ» (٤/ ٢٨) .

القول الثاني: ذهب بعض متأخري المالكية، والشافعية في قول، وأحمد في رواية- إلى أن الأجير الخاص يَضمن ما تَلِف بيده مطلقًا (١).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ضمان على مُؤتَمَن» (٢).

نوقش: بأنه ضعيف الإسناد، ولا يستقيم الاستدلال به.

وقد رُوِيَ عن عمر (٣) وعليّ (٤) رضي الله عنهما القول بتضمين الأجير (٥).

الجواب عنه: إنه وإن كان فيه ضعف، إلا أنه يتقوى بمجموع طرقه، وبثبوته عن بعض الصحابة رضي الله عنهم (٦)، ولم يَثبت عن أحد من الصحابة خلاف ذلك، بل عليه العمل.

---

(١) انظر: «حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٦٧)، و«شرح الزركشي» (٤/ ٢٤٤).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سُننه» في كتاب البيوع (٣/ ٤٥٥) برقم (٢٩٦١).

وأخرجه البيهقي في «الكبرى» في كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مُؤتمَن (٦/ ٤٧٣) برقم (١٢٧٠٠).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب البيوع والأقضية، في القَصَّار والصَّبَّاغ، وغيره (٤/ ٣٦٠) برقم (٢١٠٥٠).

وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب البيوع، باب ضمان الأجير الذي يَعمل بيده (٨/ ٢١٧) برقم (١٤٩٤٩) وفيه انقطاع. انظر: «التحجيل» للطريفي (١/ ٢٢٧).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء (٦/ ٢٠٢) برقم (١١٦٦٤) وفيه انقطاع. انظر: «الإرواء» للألباني (٥/ ٣١٩).

(٥) انظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر (٢/ ١٩٠).

(٦) **قال الشيخ الألباني في «الإرواء» (٥/ ٣٨٦):**

(فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شُعَيْب، وهي وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يَجعل القلب يَشهد بأن الحديث- أي: حديث «لا ضمان على مؤتمن»- قد حَدَّث به عمرو بن =

وما رُوِيَ عن عمر وعليّ لا يَثبت [(١)]، ولو ثَبَت فيُحْمَل على الأجير المشترك، كالصُّنَّاع.

١- القياس على الوكيل والمُضارِب؛ وذلك أن الوكيل والمُضارِب وكلاء فيما سُلِّطوا عليه من الموكِّل وصاحب المال الشريك، فلا يَضمنون ما حصل من تلف أو خسارة من غير تَعَدٍّ أو تفريط. فكذلك الأجير الخاص، نائب عن المالك في التصرف فيما أُمِر به، فلم يَضمن [(٢)].

٢- أن الأجير الخاص مُؤتَمَن بالاتفاق، وهو قابض للعين ومتصرف فيها بإذن المالك، كالمستعير والوديع، ولم يوجد منه فعل يَصلح سببًا لوجوب الضمان، فلا يَضمن. وقد نُقِل الإجماع على أن الوديع لا يَضمن إلا لجناية منه على العين [(٣)].

٣- أن عمله مأذون له فيه مضمون عليه، أي: يَستحق الأجر ولو مع التلف؛ لأنه أجير خاص يُقَدَّر عمله بالزمن، فلم يَضمن ما تلف بسبب عمله، كسِرَاية القِصاص والحد [(٤)].

= شُعَيْب، وهو حَسَن الحديث، لاسيما وقد رُوِي معناه عن جماعة من الصحابة، ساق البيهقي أسانيدها إليهم).

(١) «الأم» للشافعي (٦/ ١٨٨).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٢٨٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٤٧٤).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ٢١١)، و«الروضة الندية» لصِّدِّيق حَسَن خان (٢/ ٤٨٧).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٩٠).

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن الحسن [(١)] عن سَمُرة [(٢)] أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أَخَذَتْ حتى تؤديه»[(٣)].

---

(١) هو: الحسن بن أبي حسن، البصري أبو سعيد، إمام أهل البصرة.

وُلِد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، أبوه مولى زيد بن ثابت، وأمه مولاة أم سلمة، وكان ربما أعطته أم سلمة ثديها في صغره تُعلِّله به حتى تجيء أمه، فيُدِر عليه، فيروون أن علمه وفصاحته وورعه من بركة ذلك!

وكان جميلًا فصيحًا. **تُوفي سنة عشر ومئة للهجرة.**

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٢/ ٤٨-٤٩).

(٢) هو: الصحابي الجليل سَمُرة بن جُنْدُب، يكنى أبا عبد الرحمن، وقيل غير ذلك.

كان من الحفاظ المكثرين عن رسول الله ﷺ، وكان شديدًا على الحَرورية، كان إذا أُتِي بواحد منهم إليه قَتَله ولم يُقِله. وكانت وفاته بالبصرة في خلافة معاوية سنة ثمانٍ وخمسين. سَقَط في قِدر مملوءة ماءً حارًّا كان يتعالج بالقعود عليها من كُزَاز- داء يَتَولد مِن شِدَّة الْبَرْد- شديد أصابه، فسَقَط في القِدر الحارة فمات.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٦٥٣-٦٥٤)، و«السِّيَر» للذهبي (٣/ ١٨٣).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العَوَر (٣/ ٢٩٦) برقم (٣٥٦١).

والترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/ ٥٥٨) برقم (١٢٦٦).

والنَّسَائي في «الكبرى» كتاب العارية والوديعة باب المنيحة (٥/ ٣٣٣) برقم (٥٧٥١).

وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية (٢/ ٨٠٢) برقم (٢٤٠٠).

والبيهقيّ في «الكبرى» في كتاب العارية، باب العارية مضمونة (٦/ ١٤٩) برقم (١١٤٨٢).

وقال ابن حجر في «التقريب» (١/ ١٦٠) عن الحسن البصري: (ثقة فقيه فاضل مشهور، وكان يرسل كثيرًا ويدلس. وضَعَّف الألباني الحديث في «الإرواء» (٥/ ٣٤٨) برقم (١٥١٦).

نوقش من وجوه:

أولًا: أن الحديث فيه ضعف؛ فالحسن لم يَثبت سماعه من سَمُرة إلا في حديث العقيقة، كما قرره أكثر الحفاظ [(١)].

ثانيًا: أن الحَسَن نسي فرجع عن قوله إلى: «فهو أمينك لا ضمان عليه» [(٢)].

ثالثًا: أن الحديث لو صح فليس فيه إلا الأداء، والأداء غير الضمان في اللغة والحُكْم، وإلا للَزِم المحتجَّ بهذا الحديث أن يُضَمِّن المُرتـهِن والوديع ونحوهم من الأمناء؛ لأن أيديهم قَبَضَتْ ويَلزمها الرد.

ولهذا ذهب بعض أهل العلم إلى أن الحَسَن لم يَنْسَ، وأن كلامه يُحْمَل على أنه وإن وجب الرد والأداء، إلا أنه لا يَقتضي الضمان لأنه أمين [(٣)].

٢- أن ذلك من المصلحة العامة، ففيه حفظ لأموال الناس من التلف، ورَدْع للأُجَراء عن التلاعب والتفريط بأموال الناس؛ إذ لا يُصْلِحهم إلا ذلك[(٤)].

نوقش: بأن ما ذَكَروه يمكن أن يقال في الأجير المشترك المُنتصِب للعمل للناس. أما الأجير الخاص فلا؛ لأن الأصل أنه مؤتمن، ويَعمل للمالك خاصة.

ثم إن تضمين الأجير فيه تضييق على الناس، وتكليفهم في أموالهم ما ليس عليه دليل، والأصل أن أموالهم محترمة.

---

(١) انظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر (٣/ ١٣٧)، و«سُبُل السلام» للصنعاني (٢/ ٩٦).

(٢) وهي رواية الترمذي التي سبقت الإشارة إليها في تخريج الحديث.

(٣) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٨/ ١٤٤)، و«سُبُل السلام» للصنعاني (٢/ ٩٦).

(٤) انظر: «حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٦)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٩٠).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو عدم تضمين الأجير الخاص؛ لأن في إيجاب الضمان عليه تضييقًا على الناس؛ لأنه إذا عَلِم أنه سيَضمن أَحْجَم عن العمل! وفي هذا مشقة على الناس وتعطيل لمصالحهم، وتكليفهم في أموالهم بلا دليل.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط [(١)]

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- على أن الأجير الخاص يَضمن ما تَلِف في يده إذا كان تلفه بتعدٍّ منه أو تفريط [(٢)] كأن يَعمل عملًا لم يُؤْذَن له به فيُتلِف مال المالك بذلك. وتكون هذه المسألة مستثناة من قولهم السابق في عدم تضمين الأجير الخاص.

ودليلهم على ذلك:

١- القياس على الوكيل والمُرتهِن والمُلتقِط في زمن التعريف، فإنهم أمناء لا يَضمنون ما تلف بأيديهم إلا بالتعدي أو التفريط. ومِثلهم الأجير الخاص[(٣)].

---

(١) **الفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط**: تَرْك ما يجب من الحفظ. **والتعدي**: فِعل ما لا يَجوز من التصرفات أو الاستعمالات. «القواعد والأصول الجامعة» للسِّعْدِي (ص٤٤).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاسانيّ (٤/ ٢١١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٣٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٦٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٨٩)، وشرح «منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٢٦٩).

وقد حَكَى الاتفاق ابن رشد في «بداية المجتهد» (٤/ ١٦).

كما نفى العيني الخلاف في ذلك. انظر: « البناية شرح الهداية» (١٠/ ٣٢٠).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٣/ ١٠٤).

٢- أن الضمان مرتبط بالتفريط والتعدي؛ لأنه فَعَل فِعلًا لم يُؤْذَن له فيه، ومَن فَعَل في مال غيره فعلًا لم يُؤْذَن له فيه، يكون كالغاصب، والغاصب ضامن(١).

وبِناء عليه: يكون الاستثناء صحيحًا باتفاق المذاهب الأربعة، ولم أقف على مُخالِف لهم.

سبب الاستثناء:

المصلحة. وبيان ذلك: أن حفظ المال من الضروريات الخمس التي حَفِظَتْها الشريعة، وكل ما يصون أموال الناس عن التلاعب والتلف فهو مَقصِد شرعي، ورَتَّبَتِ العقاب على المتلاعبين بأموال الناس، فجَعَلَتْ عليهم الضمان إذا فعلوا ما ليس لهم فعله. ولا يستقيم حال الناس إلا بذلك، وإلا لأَكَل الناس أموال بعضهم بدعوى عدم تضمين الأمين، وبَطَلَتِ الثقة بالأمناء، وساء الظن بالناس جميعًا!

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وبيان ذلك: أن تَصَرُّف الأجير الخاص إذا كان بتعدٍّ أو تفريط هو إضرار بالمُستأجِر؛ ولذلك جعلوا عليه الضمان لأنه فَعَل ما ليس له فعله، والأمين تصرفاته منوطة بالمصلحة، فإذا تجاوزها إلى ما يَضر بالمُستأجِر فإِنَّ تَصَرُّفه ممنوع منه، وعليه ضمان ما أتلف(٢).

ويَذكر بعض الفقهاء قاعدة أخص من التي ذَكَرْتُها، وهي: (التلف في يد الأمين

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ٢١٣).

(٢) انظر: « شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ١٦٥).

غير مضمون إذا لم يتعدَّ أو يُفَرِّط) (١) ومفهوم المخالفة منها: أن التلف مضمون في حالتي التعدي والتفريط.

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٩/ ١٩٤)، و«القواعد» لابن رجب (١/ ٦٤)[في مواضع آتية نجد أن الدكتور خالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ- لم يَذكر رقم الجزء ولكن ذَكَر رقم الصفحة فقط، و«القواعد والأصول الجامعة» لابن سعدي (ص ٤٤).

المطلب السادس

استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعُروض

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الأرض بالعُروض

اختلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- إلى جواز إجارة الأرض بالعُروض. وهو قول أكثر أهل العلم[(١)].

القول الثاني: ذهب طاوس والحسن البصري[(٢)] وابن حزم[(٣)] إلى عدم جواز إجارة الأرض مطلقًا.

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٣/ ١٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ١١٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٩)، و«شرح الخرشي» (٦/ ٦٣)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٧٣)، و«الأم» للشافعي (٤/ ١٥)، و«كشاف القناع» (٣/ ٥٥٠).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٢٥٥). وسبقت ترجمة طاوس والحسن.

(٣) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٧/ ١٣).

وابن حزم هو: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الفارسي الأصل ثم الأندلسيّ القرطبي، فقيه حافظ متكلم أديب، وُلِد بقرطبة سنة (٣٨٤هـ).

وكان من كبار فقهاء المذهب الظاهري، كان زاهدًا في الدنيا بعد الرياسة التي كانت له ولأبيه من قبله، من الوزارة وتدبير الممالك. من مصنفاته: كتاب «المُحَلَّى»، وكتاب «الفِصَل في المِلَل والأهواء والنِّحَل»، تُوفي سنة (٤٥٦هـ). انظر: «جذوة المقتبس» للحُمَيْدي (١/ ٣٠٨)، و«بغية الملتمس» لابن عميرة (١/ ٤١٥)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (١/ ٣٧).

أدلة القول الأول:

١- الإجماع على جواز إجارة الأرض بالذهب والفضة.

وقد حَكَى الإجماع: الإمام أحمد، ونَقَله عنه ابن المنذر (١) وابن قدامة (٢).

والإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ معروف عنه شدة تورعه في حكاية الإجماع (٣).

ونَقَل الإجماع جَمْع من أهل العلم، كالطبري (٤) والعيني (٥) والشوكاني (٦).

فإذا ثَبَت الإجماع في الذهب والفضة، فيقاس عليهما سائر العُروض، ولا فرق.

---

(١) سبقت ترجمته.

(٢) هو: عبد الله بن أحمد بن قدامة، الجَمَّاعيلي المَقْدِسي ثم الدمشقي، الحنبلي، أبو محمد، مُوفَّق الدين، فقيه، من أكابر الحنابلة، وُلِد سنة (٥٤١هـ).

كان إمامًا في فنون كثيرة، كثير العبادة، وانتَفع بتصانيفه المسلمون عمومًا، وأهل المذهب خصوصًا، وانتشرت واشتهرت بحُسْن قصده وإخلاصه، ولا سيما كتابه «المغني» فإنه عَظُم النفع به. تُوفي سنة (٦٢٠هـ). انظر: «السِّيَر» للذهبي (٢٢/ ١٦٦-١٧٢)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٧/ ١٥٥-١٦٢).

(٣) انظر: «الإشراف) لابن المنذر (٦/ ٢٦٣)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣١٨).

(٤) انظر: «اختلاف الفقهاء» (ص٤٧).

والطبري هو: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري. وقيل: يزيد بن كثير بن غالب، صاحب التفسير الكبير، والتاريخ الشهير. كان إمامًا في فنون كثيرة، منها التفسير والحديث والفقه والتاريخ، وغير ذلك، وله مصنفات مليحة في فنون عديدة تدل على سَعة علمه وغزارة فضله. وكان من الأئمة المجتهدين، لم يُقلِّد أحدًا. وكانت ولادته سنة (٢٢٤هـ) بآمُل طبرستان وتُوفي سنة (٣١٠هـ) ببغداد، رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى. انظر: «وَفَيَات الأعيان» لابن خَلِّكان (٤/ ١٩١-١٩٢)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٤/ ٥٣).

(٥) انظر: «عمدة القاري» (١٢/ ١٨٤).

(٦) «نيل الأوطار» (٥/ ٣٢٨).

٢- ما جاء عن رافع بن خَديج [(١)] رضي الله عنه لما سُئِل عن كِرَاء الأرض، فقال: «نهى رسول الله عن كِرَاء الأرض ببعض ما يَخرج منها».

فسُئِل عن كِرَائها بالذهب والوَرِق، فقال: «لا بأس، إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على المَاذِيانات [(٢)]، وأقبال الجداول [(٣)]، وأشياء من الزرع، فيَهلك هذا ويَسلم هذا، ويَسلم هذا ويَهلك هذا، فلم يكن للناس كِرَاء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه. فأما شيء معلوم مضمون، فلا بأس به» [(٤)].

وَجْه الاستدلال: هذا نص صريح في جواز إجارة الأرض للزراعة، إذا كانت الأجرة بشيء معلوم مضمون كالنقد. وتُلْحَق سائر العُروض بالنقد لأنها في حُكْمه.

قال ابن قدامة في «المغني»: (والحُكْم في العُروض كالحُكْم في الأثمان) [(٥)].

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن أبي هريرة وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «مَن

---

(١) سبقت ترجمته.

(٢) **(المَاذِيانات)**: جمع المَاذِيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسي مُعَرَّب. **وقيل**: ما يَجتمع فيه السيل ثم يُسْقَى منه الأرض. **وقيل**: هي أمهات السواقي. **وقيل**: هي السواقي الصغار كالجداول. **ومعناه**: أن ما يَنبت على حافتيها لرب الأرض.

انظر: «تفسير غريب ما في الصحيحين» لابن أبي نصر (١/ ١١٦)، و«النهاية» لابن الأثير (٤/ ٣١٣)، و«لسان العرب» لابن منظور (١٣/ ٤٠٣) مادة (مذن).

(٣) **(الأقبال)**: هي الأوائل والرءوس، جَمْع قُبْل. والقُبْل أيضًا: رأس الجبل والأكمة، وقد يكون جمع قَبَل (بالتحريك) وهو الكلأ في مواضع من الأرض.

«لسان العرب» لابن منظور (١١/ ٥٤٦) مادة (قبل).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) (٥/ ٣١٩).

كانت له أرض فليَزرعها أو ليَمنحها، فإنْ أَبَى فليُمْسِك أرضه» (١).

٢- وما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يَكْرِي مَزارعه، فذهب إلى رافع بن خَديج فسأله، فقال رافع: «نهى رسول الله عن كِرَاء الأرض» (٢).

٣- وما جاء عن أبي سعيد الخُدْريّ رضي الله عنه أنه قال: «نَهَى رسول الله ﷺ عن المُزابَنة والمُحاقَلة» قال: والمُحاقَلة: كِرَاء الأرض، والمُزابَنة: اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل (٣).

وَجْه الاستدلال من الأحاديث: أن النبي ﷺ نَهَى عن كراء الأرض مطلقًا، وأنه ليس لصاحبها إلا أن يزرعها أو يمنحها غيره، أو يمسك أرضه (٤).

الجواب عنه من وجوه:

أولًا: أن هذه النقول عامتها جاءت عامة في النهي عن كِرَاء الأرض، وقد جاء استثناء الذهب والفضة في نصوص أخرى، ويَدخل فيها سائر العروض، فلا يمكن فصل هذه النصوص بعضها عن بعض. والذين وَرَد عنهم النهي المطلق لا يدل على عدم التقييد عندهم (٥).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمرة (٣/ ١٠٧) برقم (٢٣٤١).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كِرَاء الأرض (٣/ ١١٧٦) برقم (١٥٣٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المُزابَنة وهي بيع الثمر بالتمر، وبيع الزبيب بالكَرْم، وبيع العرايا (٣/ ٧٥) برقم (٢١٨٦).

وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كِرَاء الأرض (٣/ ١١٧٩) برقم (١٥٤٦).

(٤) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٧/ ١٣).

(٥) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٢٥).

ثانيًا: أن النهي الذي جاء عنهم محمول على ما يكون فيه غَرَر وجهالة تُفضِي إلى النزاع، وهو مُنتفٍ في إجارة الأرض بالذهب والفضة وسائر العُروض.

ويدل على هذا المعنى: ما جاء في حديث رافع: «إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على المَاذِيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيَهلك هذا ويَسلم هذا، ويَسلم هذا ويَهلك هذا، فلم يكن للناس كِرَاء إلا هذا؛ فلذلك زَجَر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به».

ثالثًا: أن مِن الصحابة مَن أَنكَر حديث رافع هذا، كزيد بن ثابت وغيره، وحَمَلوه على أنه غلط في روايته (١).

ويؤيد ما سبق: ما نَقَله طاوس عن ابن عباس، أنه أخبره أن النبي ﷺ لم يَنْهَ عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا» (٢).

رابعًا: أن القول بالنهي مُخالِف لِما عليه عمل المسلمين من الصحابة والتابعين وفقهاء الإسلام عامة.

فالمهاجرون والخلفاء الراشدون وأهل بيعة الرِّضوان جميعهم- زارعوا على عهد رسول الله ﷺ وبعده، إلى أن أجلى عمر اليهود إلى تَيْماء، من غير أن يُنْكِر ذلك مُنْكِر، فكان إجماعًا منهم.

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٩٠)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٢٢).

وللترمذي في «السُّنن» (٣ / ٦٦٠) كلام حول ذلك عندما ذَكَر حديث رافع، ونصه:

(وحديث رافع فيه اضطراب، يُرْوَى هذا الحديث عن رافع بن خَديج، عن عمومته، ويُرْوَى عنه عن ظُهَيْر بن رافع وهو أحد عمومته، وقد رُوِي هذا الحديث عنه على روايات مختلفة).

(٢) سبق تخريجه.

وبه عَمِل جميع فقهاء الحديث وأكثر فقهاء المذاهب؛ اتباعًا لسُنة رسول الله ﷺ وعملًا بما عليه الصحابة والتابعون [١].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو جواز إجارة الأرض بالعُروض؛ لقوة أدلة أصحابه، وموافقتهم الأصل في المعاملات وهو الحِل. ولِما في ذلك من التيسير على الناس وقضاء حوائجهم.

❊❊❊

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المطعوم من سائر العُروض

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فاستَثنى المالكية المطعوم من قولهم السابق في جواز إجارة الأرض بالعُروض [٢].

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- **ما جاء عن رافع بن خَديج رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال:** كنا نخابر [٣] على عهد رسول الله ﷺ، فذَكَر أن بعض عمومته أتاه، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعيةُ الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قال: قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن كانت له أرض فليَزرعها، أو فليُزْرِعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى» [٤].

---

(١) «فتاوى ابن تيمية» (٢٩/ ٩٤-٩٥).

(٢) انظر: «المدونة» للإمام مالك (٣/ ٥٤٧)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٥١٤).

(٣) **المخابرة هي**: المساقاة والمزارعة. انظر: «شرح النووي على مسلم» (١٠/ ١٩٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب استكراء الأرض بالطعام (٢/ ٨٢٣) برقم (٢٤٦٥). وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك (٣/ ٢٥٩) برقم (٣٣٩٥). وصححه الألباني في تعليقه عليهما.

٢- **ما جاء عن أبي سعيد الخُدْريّ** رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المُزابَنة، والمُحاقَلة، والمُزابَنة اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل»[(١)].

وَجْه الاستدلال: أن النهي عن المُحاقَلة يقتضي تحريمها، والمُحاقَلة من معانيها ما جاء في رواية مالك في «الموطأ»: (والمُحاقَلة: كِرَاء الأرض بالحِنْطة)[(٢)] وفي معنى كِرَاء الأرض بالحِنْطة: كِرَاؤها بجميع أنواع الطعام، سواء أكان مما يَخرج منها ويُزْرَع فيها، أم من سائر صنوف الطعام المأكول كله والمشروب، نحو العسل والزيت والسمن، وكل ما يُؤْكَل ويُشْرَب[(٣)].

يجاب عما استدلوا به بأنه نوقشت أحاديث النهي التي أوردوها، ومنها حديث رافع بما سبق في مناقشة حديث رافع، وهو أن المنع ورد للصورة التي كانوا يفعلونها.

ويدل على هذا المعنى: ما جاء في حديث رافع: «إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على المَاذِيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيَهلك هذا ويَسلم هذا، ويَسلم هذا ويَهلك هذا، فلم يكن للناس كِرَاء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به».

ويؤكد ذلك: ما نُقِل عن بعض الصحابة في بيان موضع النهي.

ومن ذلك: ما نَقَله طاوس عن ابن عباس، أنه أخبره أن النبي ﷺ لم يَنْهَ عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا»، وقد سبق أن هذا مما جرى عليه عمل الناس زمن النبي ﷺ وبعده.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) (٤/ ٩٠٣).

(٣) «التمهيد» لابن عبد البر (٢/ ٣١٨).

٣- أنه مِن بيع الطعام بالطعام نَسيئة؛ وذلك لأن المنفعة المقصودة من كِرَاء الأرض هى الطعام، فكِرَاؤها بالطعام أيًّا كان نوعه يُدخِله في بيع الطعام بالطعام نَسيئة، وهذا منهي عنه [١].

يجاب عنه بأنَّا لا نُسَلِّم بذلك؛ لأن أحد العِوضين هنا هو منفعة الأرض، وليس طعامًا معينًا؛ وعليه فلا ينطبق عليه كونه طعامًا بطعام.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لصراحة حديث رافع، وهو قوله: «فأما شيء معلوم مضمون، فلا بأس به» فما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به، كالدُّور، ولا وَجْه للتفريق [٢].

سبب الاستثناء:

النص، وهو ما جاء في حديث رافع وحديث أبي سعيد الخُدْريّ رضي الله عنهما.

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا آخَر للاستثناء؛ لأنهم قاسوا سائر المطعومات على الحِنْطة، التي فَسَّروا بها المُحاقَلة في حديث أبي سعيد الخُدْريّ.

---

(١) «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٥١٢).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٢٥٨) .

المطلب السابع

استثناء الظِّئْر (١) من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إجارة الحيوان لأخذ لبنه

اختلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب بعض الحنابلة إلى جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه (٢).

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم (٣).

القول الثاني: ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- إلى عدم الجواز (٤).

---

(١) **الظئر هي**: المرأة التي تُستأجَر لإرضاع الطفل. ويقع لفظ الظِّئْر على الذَّكَر والأنثى؛ ولذا يقال لزوج المرضعة: ظِئْر.

انظر: «شرح النووي على مسلم» (٢/ ٢١٧)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٦٧).

(٢) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٥٦٢)، و«الإنصاف للمَرْداوي مع المقنع والشرح الكبير» (١٤/ ٢٧٧).

(٣) انظر: «مجموع الفتاوى» (٢٠/ ٥٥١)، و(٣٠/ ١٩٩-٢٠٠)، و«زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ٧٣٠)، و«إعلام الموقعين» له أيضًا (٢/ ٣).

وقد سبقت ترجمة ابن تيمية وابن القيم.

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/ ١٧٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٨)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٦/ ٨٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٥٥)، و«شرح الخرشي» =

أدلة القول الأول:

١- أنه قد ثَبَت عن الصحابة بالإجماع إجارة الشجر، كما في قصة عمر رضي الله عنه أنه قَبِل حديقة أُسَيْد بن الحُضَيْر [1] ثلاث سنين، وأَخَذ الأجرة فقضى بها دَيْنه. والحديقة هي النخل.

فهذه إجارة الشجر لأخذ ثمره وهو من الأعيان، وهو مذهب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولا يُعْلَم له في الصحابة مُخالِف، فيقاس عليها إجارة الحيوان لأخذ لبنه، بل هو من باب أَوْلَى. لأن الغَرَر والخطر الذي في إجارة الأرض لحصول مغلها- أعظم بكثير من الغرر الذي في إجارة الحيوان للبنه، فإن الآفات والموانع التي تَعْرِض للزرع أكثر من آفات اللبن، فإذا اغتُفر ذلك في إجارة الأرض فلأَنْ يُغتفَر في إجارة الحيوان للبنه أَوْلَى وأَحْرَى.

٢- أن النبي ﷺ نَدَب إلى منيحة العنز والشاة للبنها، وحَض على ذلك، وذَكَر ثواب فاعله. ومعلوم أن هذا ليس ببيع ولا هبة، فإن هبة المعدوم المجهول لا تصح، وإنما هو عارية الشاة للانتفاع بلبنها كما يعيره الدابة لركوبها،

= (٧/ ١٣)، و«الفواكه الدواني» لشهاب الدين النفراوي (٢/ ١١٠)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٧/ ٤٩٤)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٠٦)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٤/ ٢٩١)، و«حاشية الجَمَل» (٣/ ٥٤٢)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٦٨).

(١) هو أُسَيْد بن الحُضَيْر بن سِمَاك بن عَتِيك، الأوسي، أبو يحيى، صحابي.

كان شريفًا في الجاهلية والإسلام، مُقَدَّمًا في قبيلته (الأوس)، يُعَدّ من عقلاء العرب وذوي الرأي فيهم.

وكان يسمى (الكامل) وهو في عُرْف الجاهليين مَن اجتمعت فيه ثلاث خصال: معرفة الكتابة وإجادة العوم والرمي. وكان أحد النقباء الاثني عشر. تُوفي في المدينة سنة (٢٠هـ).

انظر: «السِّيَر» للذهبي (١/ ٣٤٠-٣٤٣).

فهذا إباحة للانتفاع بدَرِّها، وكلاهما في الشرع واحد.

وما جاز أن يُستوفَى بالعارية جاز أن يُستوفَى بالإجارة؛ فإن موردهما واحد، وإنما يختلفان في التبرع بهذا والمعاوضة على الآخَر.

٣- أن الأصل في العقود وجوب الوفاء إلا ما حرمه الله ورسوله، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطًا أَحَل حرامًا أو حَرَّم حلالًا، فلا يَحرم من الشروط والعقود إلا ما حَرَّمه الله ورسوله، وليس مع المانعين نص بالتحريم البتة[1].

أدلة القول الثاني:

١- أن مورد عقد الإجارة النفع، والمقصود هنا العين، والإجارة لا تقع على الأعيان [2].

يجاب عنه: بأننا لا نُسَلِّم أن الإجارة لا تقع على الأعيان.

قال ابن تيمية:

(وقول القائل: (الإجارة إنما تكون على المنافع دون الأعيان) ليس هو قولًا لله ولا لرسوله ولا الصحابة ولا الأئمة، وإنما هو قول قالته طائفة من الناس!

فيقال لهؤلاء: لا نُسَلِّم أن الإجارة لا تكون إلا على المنافع فقط، بل الإجارة تكون على ما يتجدد ويَحْدُث ويُستخلَف بدله مع بقاء العين، كمياه البئر وغير ذلك، سواء كان عينًا أو منفعة.

---

(١) انظر: «زاد المعاد» لابن القيم (٥/ ٧٣١-٧٣٤).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٨)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٠٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٥٦٢).

كما أن الموقوف يكون ما يتجدد وما تَحدث فائدته شيئًا بعد شيء، سواء كانت الفائدة منفعة أو عينًا، كالتمر واللبن والماء النابع.

وكذلك العارية، وهو عما يكون الانتفاع بما يَحدث ويُستخلَف بدله. يقال: أَفْقَرَ الظَّهْرَ وأَعْرَى النخلةَ ومَنَحَ الناقةَ. فإذا منحه الناقة يَشرب لبنها ثم يَرُدها، أو أعراه نخلة يأكل ثمرها ثم يَرُدها، فهو مثل أن يُفْقِره ظَهْرًا يركبه ثم يَرُده.

وكذلك إكراء امرأة أو طير أو ناقة أو بقرة أو شاة، يَشرب لبنها مدة معلومة، فهو مثل أن يكون دابة يَركب ظهرها مدة معلومة [١].

١- أنه بيع عين قبل وجودها، وهذا لا يصح لأنه غرر [٢].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا: لا نُسَلِّم أنه بيع لها قبل وجودها، بل هي موجودة وتُستحدَث شيئًا فشيئًا، وقد عُلِم بالعادة وجوده، والعادة مُحَكَّمَة [٣].

ثانيًا: على فرض التسليم بأنه بيع معدوم، فليس كل بيع المعدوم ممنوعًا منه، وليس في أصول الشرع ما يَنهى عنه كله، بل المعدوم الذي يُحتاج إلى بيعه وهو معروف في العادة- يَجوز بيعه، كما يَجوز بيع الثمرة بعد بُدُو صلاحها؛ فإن ذلك يصح عند جمهور العلماء كما دلت عليه السُّنة، مع أن الأجزاء التي ستُخْلَق بَعْدُ معدومة وقد دخلت في العقد.

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ١٩٩-٢٠٠).

(٢) «منح الجليل» لمحمد عليش (٧/ ٤٩٤).

(٣) انظر: «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣٠/ ١٩٩).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول، وهو جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة.

ولموافقته للقواعد الشرعية في أبواب المعاملات المالية، كقاعدة: (الأصل في المعاملات الإباحة)، وقاعدة: (الأصل في الشروط الصحة)، ونحوها.

ولمناقشتهم أدلة القول الثاني بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

سبب الخلاف: الخلاف في الأعيان، هل يقع عليها عقد الإجارة أو لا؟

فالجمهور يقولون بالمنع، ويخصونه بالمنافع فقط.

وابن تيمية ومَن معه يجوزونه.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الظِّئْر

يَرِد الاستثناء على قول الجمهور في المسألة السابقة، فإنهم اسْتَثْنَوْا حالة يَجوز فيها استئجار الحيوان لأخذ لبنه، وهي الظِّئْر.

وهذه المسألة أَجْمَع العلماء على جوازها، وتكون استثناءً باعتبار قول الجمهور السابق، وقد نَقَل الإجماع على جوازها جمع من أهل العلم، كابن المنذر [١] وابن قدامة [٢] وابن تيمية [٣] والزيلعي [٤] وغيرهم.

---

(١) انظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» (٦/ ٢٩٦). وقد سبقت ترجمة ابن المنذر.

(٢) انظر: «المغني» (٥/ ٣٦٧) . وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٣) انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ٢٤٣).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق» (٥/ ١٢٧).

ومستند الإجماع ما يأتي:

١- **قوله تعالى:** ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (١).

وَجْه الاستدلال: أن الله ﷻ أَمَر بإعطاء المرضعة أجرها بعد الفراغ من الرضاعة؛ فدل ذلك على جواز إجارة المرأة نفسها للرضاع، وأَخْذ العِوَض على ذلك (٢).

ما جاء عن أنس بن مالك ؓ، قال: «دَخَلْنا مع رسول الله ﷺ على أبي سيف القَيْن (٣)، وكان ظِئْرًا لإبراهيم عليه السلام، فأَخَذ رسول الله ﷺ إبراهيم، فقبَّله وشَمَّه» (٤).

والزيلعي هو: عثمان بن علي بن مِحْجَن، فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي.

قَدِم القاهرة سنة (٧٠٥هـ) فأفتى ودَرَّس، وصَنَّف وانتَفَع الناس به، ونَشَر الفقه، وتُوفي فيها سنة (٧٤٣هـ).

من مصنفاته: «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق»، و«شرح الجامع الكبير».

انظر: «الجواهر المضية في طبقات الحنفية» لابن نصر الله (١/ ٣٤٥).

(١) سورة الطلاق: الآية (٦).

(٢) انظر: «تفسير القرطبي» (١٨/ ١٦٨).

(٣) هو: البراء بن أوس بن خالد الحداد، من الأنصار، وهو زَوْج أم سيف مرضعة إبراهيم ولد النبي ﷺ، شَهِد أُحُدًا وما بعدها.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ١٥٣)، و«الإصابة» لابن حجر (١/ ٤١٠) و(٧/ ١٦٦).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب قول النبي ﷺ: «إنا بك لمحزونون» (٢/ ٨٣) برقم (١٣٠٣).

وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل، باب رحمته ﷺ الصبيان والعيال وتواضعه، وفَضْل ذلك (٤/ ١٨٠٧) برقم (٢٣١٥).

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ استأجر مرضعة لابنه إبراهيم، فدل على مشروعية هذا العمل.

وبِناء على ما رجحنا في المسألة السابقة من جواز استئجار الحيوان لأخذ لبنه، وهو عامّ في الآدميين وغيرهم، فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه داخل ضمنًا، على القول الراجح.

سبب الاستثناء: يَظهر مما سبق أن الاستثناء لسببين، وهما:

١- **النص**: وهي النصوص التي استَند عليها الإجماع.

٢- **الإجماع**: وهو ظاهر فيمن حَكَى الإجماع في ذلك، كابن المنذر وابن قدامة... وغيرهما.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء، وهي حاجة الطفل إلى الرضاع.

ولذلك يقول ابن قدامة: (لأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعذر رضاعه من أمه، فجاز ذلك) [(١)].

وقد ذَكَر الحنفية أن جواز إجارة الظِّئْر من باب الاستحسان، وأن القياس عدم جوازه؛ لأنها إجارة تَرِد على استهلاك العين [(٢)].

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرورات تبيح المحظورات) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير)، وهذه الضرورة تتمثل في بقاء الآدمي واستمراره؛ بسبب توقف حاجته إلى اللبن، وغيره لا يقوم مقامه [(٣)].

---

(١) «المغني» (٥/ ٣٦٧).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٤٨).

(٣) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف» (١٤/ ٢٨٤).

المبحث الحادي عشر

المُستثنَيات في باب السبق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه- من النهي عن المسابقة بعِوَض.

المطلب الثاني: استثناء المفضول في المسابقة- من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة.

المطلب الأول

استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه- من النهي عن المسابقة [(١)] بعِوَض

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المسابقة بعِوَض:

اختَلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم- إلى جواز المسابقة بعِوَض في كل ما يستعان به على الجهاد، سواء أكان جهاد السيف والسِّنان كالمطارحة والمسابقة على الخيل والأقدام، أم جهاد الحُجة والبرهان كالمسابقة على العلم [(٢)].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- إلى عدم جواز المسابقة بعِوَض [(٣)].

---

(١) **المسابقة**: من السَّبق (بفتح السين) وهو ما يُجْعَل من المال رهنًا على المسابقة، يأخذه السابق منهم.

انظر: «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٠٢)، و«الذخيرة» للقرافي (٣/ ٤٦٤)، و«نهاية المحتاج» للرملي «٨/ ١٦٤»، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٦).

(٢) انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٦١)، و«الفروسية» لابن القيم (ص٩٧). وقد سبقت ترجمتهما.

(٣) وقولهم هذا فيما عدا الثلاثة الواردة في الحديث: (النصل والخُف والحافر) وما قاسوه عليها، وسيأتي مفصلًا في الفرع الثاني. =

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:** قال رسول الله ﷺ: «لا سَبْق إلا في نصل، أو خُفّ، أو حافر» [(١)].

وَجْه الاستدلال: أن الحديث دليل على جواز السبق في الأنواع الثلاثة، وتخصيصها بالذِّكر فيه إشارة إلى فضلها وليس لحصر الجواز فيها.

نوقش: بأن الحديث يدل بمنطوقه على نفي جواز المسابقة بعِوَض في غير الأصناف الثلاثة التي تشترك في كونها آلات للجهاد في سبيل الله، فوجب الاقتصار عليها [(٢)].

يجاب عنه: بأن النفي في الحديث ليس نفيًا للجواز، بل يدل على نفي الكمال؛ فيصير معنى الحديث أن المسابقة بعِوَض جائزة، ولكن الأفضل والأكمل والأصلح إنما يكون في النصل والخف والحافر. ويكون هذا كقول النبي ﷺ: «لا ربا إلا في النَّسيئة» [(٣)] أي: الربا الكامل في النَّسيئة [(٤)].

= انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢٠٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٥٥٤)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٤٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٠٢)، و«الكافي» لابن عبد البر (١/ ٤٨٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٣/ ٤٦٤)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٣/ ٣٩٠)، و«الحاوي» للماوردي (١٥/ ١٨٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٧٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (١٠/ ٣٥٠)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٨/ ١٦٤)، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٤٨-٤٩).

(١) سَبَق تخريج الحديث. والمراد بالنصل: السهام. وبالخف: الإبل. وبالحافر: الخيل. انظر: «مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٤٩)، و«الكافي» لابن عبد البر (١/ ٤٨٩)، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٦).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٧).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نَسَاءً (٣/ ٧٥) برقم (٢١٧٨).

(٤) انظر: «الفروسية» لابن القيم (ص ٩٨).

٢- القياس على الأصناف المذكورة في حديث أبي هريرة السابق، والعلة الجامعة أنها من أسباب الجهاد ونُصْرة الدين، والأُمة مأمورة بالأخذ بأسباب القوة، ومن ذلك القوةُ في العلم؛ لأن الدين قام بالحُجة والبرهان، وبالسيف والسِّنان، فالبرهان يَفتح القلوب، والسنان يَفتح البُلدان [(١)].

٣- **ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال:** «قالت قريش لأبي بكر: زعم صاحبك أن الروم ستَغلب فارسًا في بِضْع سنين، أفلا نراهنك على ذلك؟ قال: بلى. فارتهن أبو بكر والمشركون، وتواضعوا على الرهان» [(٢)].

فهذه مراهنة في العلم، وهي خارجة عن الثلاثة التي ذكرها حديث أبي هريرة السابق؛ فدل على جواز المسابقة بعِوَض في غيرها مما هو داخل في معناها.

نوقش: بأنها في أول الإسلام، وهي منسوخة بنهي النبي ﷺ عن الغَرَر والقِمار [(٣)].

يجاب عنه: بأنه لا يصح أن يقال: إن قصة الصِّديق منسوخة بتحريم القِمار؛ فإن القِمار حُرِّم مع تحريم الخمر في آية واحدة، والخمر حُرِّمَتْ ورسول الله ﷺ مُحاصِر بني النَّضِير، وكان ذلك بعد أُحُد بأشهر، وأُحُد كانت في شوال سنة ثلاث، بغير خلاف، ومراهنة الصِّديق للمشركين كانت بِضع سنين، وغلبة الروم لفارس كانت عام الحديبية، وهي السَّنة السادسة من الهجرة [(٤)].

---

(١) انظر: المرجع السابق (ص٩٧).

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب تفسير القرآن، باب: ومِن سورة الروم (٥/ ٣٤٤) برقم (٣١٩٤) وقال: (حديث حسن صحيح غريب). وقال ابن القيم: (وإسناده على شرط الصحيح، وقد صححه الترمذي وغيره) «الفروسية» (ص٢٠٧).

(٣) انظر: «الفروسية» لابن القيم (ص٢٠٧).

(٤) انظر: المرجع السابق .

أدلة القول الثاني:

١- استدلوا بحديث أبي هريرة السابق.

وقد سبق ذكر اعتراضهم والجواب عنه.

٢- أن المسابقة بعِوَض داخلة في القِمار، وهو منهي عنه.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا: أن القِمار المحرم هو أكل المال بالباطل وليس بالحق، كما أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قد راهن المشركين بفوز الروم- كما سبق- ومعلوم أن أبا بكر لم يقامر قط في جاهلية ولا إسلام، ولا أَقَر رسولُ الله ﷺ على قِمار، فضلًا عن أن يأذن فيه [(١)].

ثانيًا: إن سَلَّمْنا جدلًا بأن المسابقة بعِوَض داخلة في القِمار، فإن تحريم القِمار ثابت بالشرع، وإباحة السَّبْق بعوض ثابتة بالشرع أيضًا، والواجب الوقوف على ما ورد به الشرع.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المُخالِفين، ولموافقته لمقصود الشارع من مشروعية السباق.

❊❊❊

(١) انظر: «الفروسية» لابن القيم (ص٩٧).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام، والأقدام، ومسائل الفقه

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فإنهم اختلفوا في استثناء بعض المسائل من قولهم بعدم جواز المسابقة بِعِوَض.

وتفصيل المسألة على النحو الآتي:

أولًا: التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام:

اتفق أصحاب القول الثاني في المسألة السابقة- على استثناء الخيل والإبل والسهام من عدم جواز المسابقة بِعِوَض.

بل قد نَقَل الإجماع على جواز ذلك جَمْع من أهل العلم، كابن عبد البر [(١)] وابن هُبَيْرة [(٢)] والقرطبي [(٣)] وابن القيم [(٤)].

---

(١) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١٤/ ٨٨). وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٢) انظر: «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ٣٦٠). وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

(٣) انظر: «الجامع لأحكام القرآن» (٩/ ١٤٦).

والقرطبي هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي.

من كبار المفسرين، صالح متعبد، من أهل قرطبة، رَحَل إلى الشرق واستقر في شمالي أسيوط بمصر، وتُوفي فيها سنة (٦٧١هـ).

من كتبه: «الجامع لأحكام القرآن» يُعْرَف بـ«تفسير القرطبي»، و«التذكرة في أحوال الموتى وأمور الآخرة».

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٧/ ٥٨٤).

(٤) انظر: «الفروسية» (ص١٦٠).

ومُستنَد الإجماع حديث أبي هريرة السابق: «لا سَبْق إلا في نصل، أو خُفّ، أو حافر»، وهو نص في المسألة.

سبب الاستثناء: النص، وهو ظاهر في حديث أبي هريرة الذي استدلوا به.

ثانيًا: التحقيق في استثناء الأقدام ومسائل الفقه:

ذهب الحنفية إلى استثناء المسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام- من قولهم السابق، وهو عدم جواز المسابقة بعِوَض. ووافقهم الشافعية على الثانية في وجه. كما وافقهم الحنابلة على الأُولى في وجه [(١)].

ودليلهم على ذلك:

١- القياس على الثلاثة التي ورد ذكرها في حديث أبي هريرة السابق، فالنبي ﷺ إنما خَصّ هذه الثلاثة لأنه يستفاد منها في الجهاد ونُصْرة الدين. والمسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام يستفاد منهما في الجهاد بنوعيه [(٢)].

٢- ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم، والتعلم للكَرّ والفَرّ[(٣)].

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ جواز المسابقة بعِوَض في كل ما يُحتاج إليه في الجهاد، ويَدخل فيه ضمنًا ما اسْتَثْنَوْه هنا؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٢٧)، و«روضة الطالبين» للنووي (١٠/ ٣٥١)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقْنِع والشرح الكبير» (١٥/ ١١).

(٢) **المقصود بنوعيه:** جهاد الحُجة والبرهان، وجهاد السيف والسِّنان.

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٢٧).

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم المسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام، على ما ورد ذكره في حديث أبي هريرة، بجامع الحاجة إليها في الجهاد بنوعيه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَظهر- والله أعلم- أن القاعدة المرتبطة باستثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه، من عدم جواز المسابقة بعِوَض هي القاعدة الفقهية: (إذا تعارضت مَفسدتان، روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار). وذلك لأن مَفسدة أخذ العِوَض التي يراها القائلون بعدم الجواز هي أهون بكثير من مفسدة تقاعس الناس عن الجهاد والإعداد له، فروعيت الثانية بارتكاب الأُولى [(١)].

---

(١) انظر: «الكافي» لابن قدامة (٤/ ١٦٧)، و«زاد المعاد» لابن القيم (٣/ ٤٢٥)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٢٠١).

المطلب الثاني

استثناء المفضول في المسابقة- من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم عقد المسابقة (١)

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة- إلى أن المسابقة عقد جائز، يصح لكلا الطرفين الفسخ (٢).

القول الثاني: ذهب المالكية، وهو الأظهر عند الشافعية- إلى أن المسابقة عقد لازم، لا يصح فسخه إلا برضاهما، كعقد الإجارة (٣).

القول الثالث: وهو قول للشافعي، واحتمال في مذهب الحنابلة-: فيه تفصيل:

فإن كان العِوض من أحدهما أو من غيرهما، فهو جائز في حقهما كالجِعالة.

---

(١) **المراد بالمسألة**: بيان حُكْم عقد المسابقة من جهة الجواز واللزوم.

(٢) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٥٥٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٠٢)، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٥٢).

(٣) انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٤/ ٦٠٩)، و«شرح الخرشي» (٣/ ١٥٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٧٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (١٠/ ٣٦١)، و«حاشيتي قليوبي وعميرة» (٤/ ٢٦٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٨/ ١٦٦).

وإن كان منهما ففيه قولان، الصحيح منهما اللزوم (١).

دليل القول الأول: لأنه عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه كالجِعالة، فكان جائزًا كرَدّ الآبِق؛ وذلك لأنه عقد على الإصابة ولا يَدخل تحت قدرته (٢).

يجاب عنه: بأن الجِعالة تختلف عن المسابقة: فالمسابقة تكون على عمل معلوم للمتسابق. أما الجِعالة فتكون على عمل مجهول، لا يَعلم العامل مقداره ولا مدته.

كما أن المسابقة تكون بغرض التحريض على السبق وتمرينًا للنفس على الجهاد، وقد يكون قَصْد الباذل إفراح نفسه بظهوره على الآخَر. أما الجِعالة فقَصْد الباذل فيها الحصول على العمل من الآخَر (٣).

دليل القول الثاني: لأن من شروط السبق أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازمًا كالإجارة (٤).

يجاب عنه: بأنه يفارق الإجارة بكونه لا تتحقق القدرة على تسليمه (٥).

دليل القول الثالث: لأن لزوم العقد في حق مَن لم يُخْرِج العِوَض لا فائدة فيه؛ إذ لا يَلزمه شيء، فإنه إما أن يَكسب مالًا أو لا يعطي شيئًا، فلا فائدة لإلزامه بعقد لا يكون معطيًا لأحد (٦).

---

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٧٥)، و«المغني» لابن قدامة (٩/ ٤٦٩).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٢٩) .

(٣) انظر: «الفروسية» لابن القيم (ص٣٢٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٥٢).

(٤) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٧٥).

(٥) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٢٩).

(٦) «الفروسية» لابن القيم (ص٣٥٠).

الراجح:

إن عقد المسابقة وإن كان يشابه الجِعالة والإجارة من بعض الوجوه، إلا أنه يفارقهما في وجوه أخرى، ولا يوجد مانع شرعي من عَدِّه عقدًا جائزًا جديدًا مستقلًّا بذاته، ليس داخلًا في الجِعالة؛ لأن الأصل في العقود الصحة والجواز. وهذا ما رجحه ابن القيم [(١)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المفضول في المسابقة- من جواز الفسخ لكلا الطرفين.

يَرِد الاستثناء على القائلين بأن عقد المسابقة عَقْد جائز للطرفين، وهم الحنفية، والشافعية في قول، وهو المشهور من مذهب الحنابلة، وقول ابن القيم.

والمراد بالمسألة: إذا شَرَع المتسابقان في السباق وظَهَر لأحدهما فضل على صاحبه، فهل يحق للمفضول فسخ العقد باعتبار أن العقد جائز للطرفين؟

ذهب الشافعية في قول، وهو المذهب عند الحنابلة- إلى عدم جواز الفسخ في هذه الحالة [(٢)].

ودليلهم على ذلك: أنه لو جاز الفسخ لم يَسبق أحدٌ أحدًا؛ لأنه متى لاح له أن صاحبه يَغلب فَسَخ العقد، فيَبطل المقصود ويَفوت غرض المسابقة [(٣)].

---

(١) انظر: «إعلام الموقعين» (١/ ٢٥٩)، و«الفروسية» (ص٣٢٤-٣٢٥).

(٢) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٧٦)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٣٠).

(٣) انظر: المراجع السابقة، و«الفروسية» لابن القيم (ص٣٥٣). وقد سبقت ترجمة ابن القيم.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لموافقته مقصود المسابقة. ولأنه لو لم يُراعَ ذلك لانقطع الناس عن المسابقة، ولذهبت المصلحة التي من أجلها شُرِعَتِ المسابقة.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن مصلحة المسابقة في تمرين النفس على الجهاد- مصلحة رعاها الشارع وحث عليها!

فإذا جوزنا للمفضول الفسخ إذا لاح له أن صاحبه سيغلبه، فإن الناس سيَعزفون قطعًا عن المسابقة؛ لأنه لن يَسبق أحدٌ أحدًا! وفي هذا مَفسدة وتعطيل لبعض معنى قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾ (١).

القاعدة الفقهية المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضَرَرًا بارتكاب أخفهما) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضرار) وذلك لأن مَفسدة عزوف الناس عن المسابقة التي شُرِعَتْ لتمرين النفس على الجهاد- أعظم من مَفسدة منع المفضول من فسخ المسابقة، فروعيت الأُولى بارتكاب الثانية (٢).

---

(١) سورة الأنفال: الآية (٦٠). انظر: «تفسير القرطبي» (٨/ ٣٥).

(٢) انظر: «زاد المعاد» لابن القيم (٣/ ٤٢٥)، و(٤/ ١٣٣)، و(٥/ ٤٦٦)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (١/ ٢٠١).

المبحث الثاني عشر

المُستثنَيات في باب الشُّفعة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع- من جواز إسقاطه حقه في الشُّفْعة.

المطلب الثاني: استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية- من تضمين المشتري إذا تلف بعض المشفوع فيه وهو بيده.

المطلب الثالث: استثناء حال النقص من عدم لحوق تَغَيُّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار.

المطلب الأول

استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع- من جواز إسقاطه حقه في الشُّفعة (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم إسقاط الشفيع حقه في الشُّفْعة:

اتفقت المذاهب الأربعة على أن للشفيع إسقاط حقه في الشفعة. ولم أجد مُخالِفًا لهم.

---

(١) **الشفعة لغةً:**

قال ابن فارس: الشين والفاء والعين أصل صحيح، يدل على مقارنة الشيئين، من ذلك: الشفع خلاف الوتر. والشُّفعة في الدار من هذا، سُمِّيَتْ شُفْعة لأنه يَشفع بها ماله. «مقاييس اللغة» (٣/ ٢٠١) مادة (شفع).

وفي اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: تَمَلُّك البقعة جَبْرًا على المشتري بما قام عليه. «فتح القدير» لابن الهمام (٩/ ٣٦٩). وعَرَّفها المالكية بأنها: استحقاق شريك ولو ذميًّا أَخْذ مبيع شريكه بثمنه. انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٣٦٧)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٧٢)،

وعَرَّفها الشافعية بأنها: حَقُّ تَمَلُّك قهري يَثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما مَلَك بعِوَض. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٧٢).

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد مَن انتقلت إليه. «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٢٩). وهذه التعريفات متفقة في بيان ماهية الشفعة، وإن اختلفت في بعض مسائلها الفرعية بحَسَب اشتراطات كل مذهب، وليس هذا محل بحثها.

فإذا قال الشفيع: (أَبْطَلْتُ الشُّفعة)، أو (أسقطتُها)، أو (أبرأتُك منها) أو نحو ذلك، فإن حقه في الشفعة يَسقط؛ لأن الشفعة خالص حقه، فيَملك التصرف فيها استيفاءً وإسقاطًا، كالإبراء من الدَّيْن والعفو عن القِصاص ونحو ذلك. ولأنه تَصَرُّف منه على نفسه، ولا يتعدى تصرفه على غيره [(١)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع:

اختَلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول طائفة من أهل الحديث-: سقوط الشفعة في حق الشفيع إذا أسقطها قبل البيع [(٢)]. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم [(٣)].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة- إلى أن الشفيع إذا أَسْقَط حقه في الشفعة قبل البيع، فإنها لا تَسقط وله المطالبة بها. وهو استثناء من قولهم في المسألة السابقة [(٤)].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٥٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ٣٧٨)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ١٨٩)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٠٢)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٣٣٠-٣٤٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٩٠)، و«إعانة الطالبين» للبَكْري (٢/ ٤١٤)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٨٢)، و«شرح الزركشي» (٤/ ٢٠٥).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٤٠٩) .

(٣) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (٢/ ٩٣)، و«زاد المعاد» له أيضًا (٥/ ٤٥٩)، و«قواعد ابن رجب» (ص٧).

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٥٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٩)، =

أدلة القول الأول:

١- **ما جاء عن جابر ﵁ قال:** «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تُقْسَم، رَبْعَة أو حائط، لا يَحِلّ له أن يبيع حتى يُؤْذِن شريكه، فإن شاء أَخَذ، وإن شاء تَرَك، فإذا باع ولم يُؤْذِنه فهو أحق به»(١).

وَجْه الدلالة: مفهوم الحديث أنه إن باعه وقد آذنه، فلا حق له(٢).

٢- **ولأن الشفعة تَثبت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل**؛ لكونه يأخذ مِلك المشتري من غير رضائه، ويجبره على المعاوضة به؛ لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه، وتَرْكه الإحسان إليه في عَرْضه عليه.

وهذا المعنى معدوم هاهنا، فإنه قد عَرَضه عليه قبل البيع، وامتناعُه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه. وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه، فلا يستحق الشفعة، كما لو أَخَّر المطالبة بعد البيع(٣).

= و«عمدة القاري» للعيني (١٢/ ٧٣)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ٣٧٨)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ١٨٩)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٠٢)، و«شرح النووي على مسلم» (١١/ ٤٧)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٣٣٠-٣٤٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٩٠)، و«إعانة الطالبين» للبَكْري (٢/ ٤١٤)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٨٢).

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الشُّفْعة (٣/ ١٢٢٩)، برقم (١٦٠٨).

(٢) انظر: «شرح الزركشي» (٤/ ٢٠٦).

(٣) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٢٨٢).

وهذا الدليل ذَكَره الحنابلة، ولابن القيم رد على مَن يقول: إن في الشريعة شيئًا على خلاف القياس، فقال في «إعلام الموقعين» (١/ ٢٩٠): (مَن رأى شيئًا من الشريعة مُخالِفًا للقياس، فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، ليس مُخالِفًا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر. =

دليل القول الثاني: أن إسقاط الشفعة قبل البيع هو من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، كما لو أبرأه مما يجب له، أو أَسْقَطَتِ المرأة صَدَاقها قبل التزويج، وذلك لا يصح[(١)].

يجاب عنه: بأن الحكمة من مشروعية الشفعة هي رفع الضرر عن الشفيع، فإذا أَذِن أو أَسْقَط حقه في الشفعة قبل البيع، فإن الحق لا يعدوه، ولا ضرر فيه على غيره[(٢)].

= وحيث عَلِمنا أن النص ورد بخلاف قياسٍ عَلِمنا قطعًا أنه قياس فاسد، بمعنى أن صورة النص امتازت عن تلك الصور التي يُظن أنها مِثلها بوصف أوجب تخصيص الشارع لها بذلك الحُكْم.

فليس في الشريعة ما يُخالِف قياسًا صحيحًا، ولكن يخالف القياس الفاسد، وإن كان بعض الناس لا يَعلم فساده).

وقال أيضًا: (فالقياس الصحيح مِثل أن تكون العلة التي عُلِّق بها الحُكْم في الأصل موجودة في الفرع، من غير مُعارِض في الفرع يَمنع حُكْمها. ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط.

وكذلك القياس بإلغاء الفارق، وهو أن لا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع، فمِثل هذا القياس أيضًا لا تأتي الشريعة بخلافه.

وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأحكام بحُكْم يفارق به نظائره، فلا بد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحُكْم ويَمنع مساواته بغيره. لكن الوصف الذي اختص به ذلك النوع قد يَظهر لبعض الناس وقد لا يَظهر، وليس من شرط القياس الصحيح أن يَعلم صحته كل أحد).

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٤١٠).

(٢) انظر: «بدائع الفوائد» لابن القيم (٣/ ١٠١)، و«نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٩٨).

ولابن حزم في «المُحَلَّى» (٨/ ١١-١٢) كلام نفيس حول ذلك، بعدما ذَكَر دليل الجمهور، ونصه: =

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لأن فيه جمعًا بين النصوص، وأقرب للمعنى الذي شُرِعَتْ لأجله الشفعة.

وبِناء عليه: يَظهر عدم صحة الاستثناء، فيكون إسقاط الشفيع حقه في الشفعة لا فرق فيه بين ما كان قبل البيع أو بعده.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بحديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذي استدلوا به.

= (وهذا ليس بشيء!! أول ذلك قولهم: (إن الشفعة لم تجب له بعد) فهذا باطل؛ لأن الشفعة وغير الشفعة من أحكام الديانة كلها، لا تجب إلا إذا أوجبها الله تعالى على لسان رسوله ﷺ، وإلا فما لم يجئ هذا المجيء فليس هو من الدِّين، ورسول الله ﷺ هو الذي أوجب حق الشفيع بعرض الشُّفْعة عليه قبل البيع، وأَسْقَط حقه بتركه الأخذ حينئذٍ، ولم يَجعل له بعد البيع حقًّا أصلًا، إلا بأن لا يَعرض عليه قبل البيع، فحينئذٍ يبقى له الحق بعد البيع، وإلا فلا. هذا هو حُكْم الله تعالى على لسان رسوله ﷺ، فليأتونا عنه ﷺ بأن الأخذ لا يجب للشفيع إلا بعد البيع فقط، وهذا ما لا يجدونه أبدًا! فظهر فساد قولهم من كَثَب!).

ثم قال:

(وليت شِعْري أين كان الحنفيون عن هذا النظر، حيث أجازوا الزكاة قبل الحَوْل؟! نعم، وقبل دخوله. والمالكيون كذلك قبل تمام الحَوْل بشهرين؟ والشافعيون كذلك قبل تمام الحَوْل؟!

وأين كان المالكيون عن هذا النظر، حيث أجازوا إِذْن الوارث للموصي في أكثر من الثلث، والمال لم يجب لهم بعد ولا لهم فيه حق، ولعله هو يرثهم أو لعله سيَحدث له ولد يحجبهم؟! وأين كانوا عن هذا النظر في إجازتهم الطلاق قبل النكاح، والعتق قبل المِلك؟! فاعجبوا لهذه التخاليط).

ويؤيد ذلك قول الزركشي لما ذَكَر الحديث، قال: (مفهومه أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له، وهذا ظاهر، والله أعلم)[١].

(١) «شرح الزركشي» (٤/ ٢٠٦). وقد سبقت ترجمة الزركشي.

المطلب الثاني

استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية- من تضمين المشتري إذا تلف بعض المشفوع فيه وهو بيده

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم المشفوع فيه الذي تلف بعضه وهو بيد المشتري

اختَلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، وهو الصحيح من مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة- إلى أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه وهو بيد المشتري وأراد الشفيع أخذه، فله أخذه بحصته من الثمن، ويكون الضمان على المشتري (١).

القول الثاني: ذهب المالكية، والشافعية في قول- إلى أن المشتري لا ضمان عليه، والشفيع ليس له إلا الأخذ بكل الثمن أو الترك (٢).

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١١١)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٥١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ١٥٥)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢١٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٨٩)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٣٦٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٤٤١) ، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٥٠).

(٢) انظر: «المدونة» للإمام مالك (٤/ ٢٤٤)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٣٩٩)، و«منح الجليل» لمحمد عليش (٧/ ٢٣٧)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٢١٥)، و«نهاية المطلب» للجُويني (٧/ ٣٦٨).

أدلة القول الأول:

١- لأنه تَعَذَّر على الشفيع أخذ الجميع، وقَدَر على أخذ البعض، فكان له الأخذ بالحصة من الثمن؛ لأن الثمن في مقابلة المبيع، فمتى نَقَص شيء من المبيع نَقَص بقدره من الثمن.

٢- ولأن التلف لا صُنْع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه، ولا يتضرر المشتري بأخذه[1].

دليل القول الثاني: أنه تَصَرَّف في مِلكه بما يَجوز، فلم يكن عليه ضمان؛ لأنه ليس بغاصب ولا مُتعدٍّ[2].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا: أن العين لم تكن أمانة في يده حتى لا يَضمن ما تلف فيها، فإذا كان الضمان على المشتري كان عليه قيمة ما تلف في يده.

ثانيًا: أن إلزام الشفيع بأن يأخذ بعض المبيع بجميع الثمن فيه إضرار بالشفيع أيضًا، والعدل أن يؤخذ المبيع بحصته من الثمن، فلا إضرار بالشفيع ولا إضرار بالمشتري.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم.

ولأن فيه مراعاة للضرر من جهة الشفيع والمشتري، بما يحقق مقصود القاعدة الفقهية: (لا ضرر ولا ضِرار). بخلاف القول الثاني الذي راعى الضرر من جهة المشتري، وأَغْفَله من جهة الشفيع.

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٤٤٢) .

(٢) انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٣٩٩).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فذهب الحنفية وبعض الشافعية وابن حامد من الحنابلة [(١)]- إلى استثناء ما إذا كان تلف المشفوع فيه بسبب آفة سماوية، فإنه ليس للشفيع إلا الأخذ بكل الثمن أو الترك. وقَيَّد الحنفية الاستثناء بما إذا كان التلف يعود إلى شيء تابع، كالغِراس والبناء، لا إلى الأصل [(٢)].

ودليلهم على ذلك: أن التلف بآفة سماوية لا يرجع على المشتري ما نقص في المشفوع فيه، كما إذا تلف بفعل آدمي، وتضمينه ذلك إضرار به [(٣)].

يجاب عنه بمثل الجواب على مذهب المالكية في المسألة السابقة.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ فالشفيع يأخذ المبيع بحصته من الثمن، ولا يتحمل تلف ما حصل في يد غيره من غير فعله، سواء أكان بآفة سماوية أم بفعل آدمي؛ لأن هذا فيه اعتبار لمصلحة الشفيع والمشتري على السواء.

---

(١) هو الحسن بن حامد بن علي بن مَرْوان، البغدادي، أبو عبد الله.

إمام الحنابلة في زمانه، ومدرسهم ومفتيهم، من أهل بغداد، عاش طويلًا، وتُوفي راجعًا من الحج بقرب (واقصة) سنة (٤٠٣هـ).

له مصنفات في الفقه وغيره، منها «الجامع» في فقه ابن حنبل، نحو أربع مئة جزء و«شرح الخرقي»، وكان يَنسخ الكتب ويقتات من أجرتها. وكان مُعَظَّمًا مُقَدَّمًا عند الدولة وغيرهم.

انظر: «طبقات الحنابلة» لأبي يعلى (٢/ ١٧١)، و«السِّيَر» للذهبي (١٧/ ٢٠٣)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٥/ ١٧).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ٢٨)، و«نهاية المطلب» للجُويني (٧/ ٣٦٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٨٩).

(٣) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٤٤٢).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء رَاعَوُا الضرر الواقع على المشتري في تحميله ما تلف بالآفة السماوية، ولا شك في أن مراعاة الضرر فيه مصلحة للمشتري بدفع الضرر عنه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرر يُزال) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار)، فراعى القائلون بالاستثناء الضرر الواقع على المشتري؛ ولذلك اسْتَثْنَوْا ما كان بسبب الآفة السماوية [1].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٧٢)، و«الأشباه والنظائر» للسُّبْكي (١/ ٤١)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٨٤).

المطلب الثالث

استثناء حال النقص- من عدم لحوق تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار:

المراد بالمسألة: إذا تبايع البائع والمشتري، ثم غَيَّرا الثمن بعد مدة الخيار، فهل هذا التغيير يُلحَق بالعقد أو لا؟

اتفقت المذاهب الأربعة على عدم اعتبار التغيير بعد مدة الخيار، ولا يَثبت ذلك في حق الشفيع [(١)]، ولم أقف على مخالف لهم.

وأدلتهم على ذلك:

١- لأن التغيير بعد العقد يُعَدّ هبة له شروط الهبة، أو إبراء مبتدأ، ولا يَثبت ذلك في حق الشفيع [(٢)].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٠٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٤٨)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ٣٥١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٨٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٩٠)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٣٧٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٥/ ٤٨٣)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٦٠).

(٢) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٦٠).

وهذا الدليل للشافعيّة والحنابلة. أما الحنفية والمالكية، فلا مانع لديهم من تعديل العقد بالنقص، كما سيأتي، وإنما مَنَعوا هنا للضرر الحاصل على الشفيع.

٢- ولأن فيه إضرارًا بالشفيع فيما لو زاد عليه الثمن؛ لأنه ظهر أن البائع أخذ منه فوق حقه [١].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال النقص:

ذهب الحنفية إلى استثناء النقص من قولهم السابق، فقالوا: إذا حَطَّ البائع من الثمن عن المشتري، فإن ذلك الجزء يَنقص من الواجب على الشفيع.

ووافقهم المالكية في ذلك، إلا أنهم قَيَّدوا النقص بما يمكن أن يكون ثمنًا مما جَرَتْ عادة الناس بحطه من الثمن [٢].

ودليلهم على ذلك: أن المتبقي من الثمن يكون أقرب للثمن الحقيقي للمبيع، وهذا فيه منفعة للشفيع [٣].

يجاب عنه: بأن قولهم يؤدي إلى عدم استقرار العقود وتعاملات الناس، ولا فائدة مما يَذكره الفقهاء من لزوم العقد إذا أمكن تغيير الثمن بعد لزومه؛ وبِناء عليه فلا تترتب آثار العقود عليها بهذه الطريقة، وهذه مَفسدة ينبغي لها أن تُراعَى.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لأن الأصل عدم إلحاق أي تغيير

---

(١) انظر: «المِلكية ونظرية العقد» لمحمد أبي زَهْرة (ص١٩٢-١٩٣).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٠٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٤٨)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ٣٥١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٨٠).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٠٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٤٨)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ٣٥١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٨٠).

بالعقد بعد لزومه. ولمصلحة الناس في استقرار العقود التي يؤدي الإخلال بها إلى النزاع بينهم والاختلاف.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء رَاعَوْا مصلحة الشفيع في حالة نقص الثمن، وأَخْذه المبيع بثمنه الحقيقي أو ما يقاربه.

الفصل الثاني

المُستثنَيات الفقهية في عقود التبرعات

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: المُستثنَيات في باب العارية.

المبحث الثاني: المُستثنَيات في باب الوديعة.

المبحث الثالث: المُستثنَيات في باب الوقف.

المبحث الرابع: المُستثنَيات في باب الهبة والعطية.

المبحث الخامس: المُستثنَيات في باب الوصايا.

المبحث الأول

المُستثنَيات في باب العارية

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء منافع البُضْع من جواز العارية [(١)].

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مشروعية العارية

أَجْمَع المسلمون على جواز العارية.

---

(١) **العارية في اللغة:**

قال ابن منظور: (والعارِيّة والعارة: ما تداولوه بينهم. وقد أَعارَه الشيءَ وأَعارَه منه وعاوَرَه إياه. والـمُعاوَرة والتَّعاوُر: شِبْهُ الـمُداوَلة، والتداول في الشيء يكون بين اثنين). «لسان العرب» (٤/ ٦١٨).

العارية في اصطلاح الفقهاء: عَرَّفها الحنفية والمالكية بأنها: تمليك المنافع بغير عِوَض. «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٨٣)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/ ١٩٧).

وعَرَّفها الشافعية بأنها: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به، مع بقاء عينه. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣١٣).

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال. «المغني» لابن قدامة (٥/ ١٦٣).

وتعريفا الشافعية والحنابلة أدق من تعريف الحنفية والمالكية؛ لأن التعبير بالإباحة أَوْلَى من التعبير بالتمليك؛ لأن التمليك لا يصح مع الجهالة. ولأن مَن مَلَك شيئًا مَلَك التصرف فيه، والمستعير لا يَملك إجارة ما استعار ولا إعارته، بخلاف المُستأجِر الذي يَملك المنفعة، فهو يَملك إجارتها وإعارتها للغير. أما الإباحة فهي رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكًا للغير، وهذا أقرب لمعنى العارية.

انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ١٦٨).

وقد نَقَل الإجماع على ذلك: ابن حزم [١] وابن هُبَيْرة[٢] وابن قدامة [٣] والشوكاني[٤].

ومستند الإجماع ما يأتي:

١- **قوله تعالى:** ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [٥].

قال أكثر المفسرين: الماعون: اسم لِما يتعاوره الناس بينهم [٦]، وهذا ذَمٌّ للمانعين له [٧].

٢- **ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة الوداع:** «العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدَّيْن مَقضي» [٨].

---

(١) «مراتب الإجماع» (ص٩٤). وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٢) «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ٣). وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

(٣) «المغني» (٥/ ١٦٣). وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٤) «نَيْل الأوطار» (٥/ ٣٥٤). والشوكاني هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، الشوكاني ثم الصنعاني. وُلِد سنة (١١٧٣هـ) بهُجْرة شوكان في اليمن.

وكان قد فَرَّغ نفسه لإفادة الطلبة، فكانوا يأخذون عنه في كل يوم زيادة على عَشَرة دروس في فنون متعددة.

وصَنَّف تصانيف مطولات ومختصرات، فمنها: «شرح الْمُنتقَى»، و«فتح القدير»، تُوفي سنة (١٢٥٠هـ). انظر: «البدر الطالع» له حيث تَرجم لنفسه رَحِمَهُ ٱللَّهُ (٢/ ٢١٤-٢٢٣).

(٥) سورة الماعون: الآية (٧).

(٦) انظر: «تفسير القرطبي» (٢٠/ ٢١٤)، و«فتح القدير» للشوكاني (٥/ ٦١٢).

(٧) «تفسير السعدي» (ص٩٣٥).

(٨) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/ ٥٥٧) برقم (١٢٦٥) وقال: (وحديث أبي أمامة حديث حسن، وقد رُوِي عن أبي أمامة، عن النبي ﷺ أيضًا من غير هذا الوجه).

وَجْه الدلالة: أن الحديث دل على وجوب رد العين المعارة بعد الانتفاع بها، وهذا دليل على مشروعيتها؛ إذ لو لم تكن كذلك لنهى عن أخذها.

٣- ما جاء عن صفوان بن أمية [(١)]، أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حُنَيْن، فقال: أَغَصْب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة» [(٢)].

وَجْه الدلالة: أن استعارة النبي ﷺ للأدرع دليل على مشروعية العارية.

٤- ولأنه إذا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، بجامع دفع الحاجة في كل [(٣)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء منافع البُضع

حَكَى ابن حزم [(٤)] الإجماع على عدم جواز إعارة البُضْع، وهو الفَرْج.

كما حكاه شمس الدين أبو الفرج ابن قدامة [(٥)]، ولم أقف على مُخالِف لهما.

---

(١) سبقت ترجمته.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العَوَر (٣/ ٢٩٦) برقم (٣٥٦٢).

والحاكم في «المستدرك» في كتاب البيوع (٢/ ٥٤) برقم (٢٣٠٠)، وقال: له شاهد صحيح. وهو حديث ابن عباس، وهو قريب من لفظ الحديث المذكور، قال عنه الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

كما أن له شاهدًا من حديث جابر بن عبد الله، وقد رواه الحاكم في «المستدرك» في كتاب المغازي والسرايا (٣/ ٥١) برقم (٤٣٦٩) وقال: (صحيح الإسناد، ولم يخرجاه).

(٣) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٣/ ٢١٨)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٦٣).

(٤) «مراتب الإجماع» (ص٩٤).

(٥) «الشرح الكبير» (١٥/ ٦٧). =

ومستندهم في ذلك:

١- أن البُضْع إنما يباح بأحد شيئين: الزوجية، ومِلك اليمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ﴾[(١)].

٢- ولأنه لو أجيزت إعارة البُضْع لم يَحرم الزنا؛ لأن الزانية تَبذل نفسها له، والزاني مثلها، وحَسْبك بهذا فسادًا وسقوطًا؛ لأن الزنا معلوم من الدِّين بالضرورة تحريمه قصدًا، فلا يباح بأي حال من الأحوال[(٢)].

وبهذا يتبين صحة الاستثناء، وإنما نص الفقهاء على البُضْع لخطورته وعِظم التلاعب به الذي يُفضِي إلى التلاعب بالأنساب!

وإلا فإن جماهير العلماء ينصون على أن مِن شرط المنفعة المُعارة أن تكون مباحة النفع، وأن يكون المستعار مما يباح انتفاعه.

وبِناء عليه: يَحرم إعارة البُضْع وآلات اللهو، كما يَحرم إعارة الدار لمن يَشرب فيها خمرًا، ويَحرم إعارة الصيد والطِّيب للمُحْرِم، ويَحرم إعارة السلاح للحربي، ويَحرم إعارة المصحف للكافر.

= وشمس الدين هو: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، المَقْدِسي الجَمَّاعيلي الحنبلي، من أعيان الحنابلة. وُلِد في دمشق سنة (٥٩٧هـ) وهو أول مَن وَلي القضاء بها من الحنابلة، له تصانيف، منها «الشرح الكبير للمُقْنِع» في فقه الحنابلة، شَرَحه في عشر مجلدات.

وانتهت إليه رئاسة العلم في زمانه، وكان ذكيًّا، وله قدرة على الحفظ، وله شِعر جيد. تُوفي في دمشق سنة (٦٨٢هـ). انظر: «ذيل طبقات الحنابلة» لابن رجب (٤/ ١٧٤)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٧/ ٧١٢).

(١) سورة المؤمنون: الآيات (٥-٧).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٦٩).

فكل ما خالف هذين الشرطين مُستثنًى من جواز العارية [١].

سبب الاستثناء:

النص؛ لأن قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ٧﴾ منع إباحة البُضْع في غير الزوجية ومِلك اليمين.

كما يُعَدّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو الإجماع الذي نقله ابن حزم وابن قدامة، مع عدم المُعارِض لهما.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء، وهي مصلحة حفظ الأنساب وعدم اختلاطها، وفي ذلك حِفظ للعِرض الذي هو أحد الضروريات الخمس التي حَرَص الشارع على إقامتها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الأصل في الأبضاع التحريم) وهو ما قرره قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ٧﴾.

فما كان خارجًا عن النكاح ومِلك اليمين، فهو باقٍ على الأصل وهو التحريم [٢].

---

(١) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٩٧)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/ ١٩٨)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٣٤-٤٣٥)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٨٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٤٢٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣١٦)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٦٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٦٣).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٥٧)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٦١).

المبحث الثاني

المُستثنَيات في باب الوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المُودَع- من عدم ضمانه عند عدم التعدي أو التفريط.

المطلب الثاني: استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المُودَعَ عن علفها- من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها.

المطلب الأول

استثناء حال تلف الوديعة [(١)] من بين مال المُودَع- من عدم ضمانه عند عدم التعدي أو التفريط [(٢)]

(١) **الوديعة في اللغة:**

قال ابن فارس: (الواو والدال والعين: أصل واحد يدل على الترك والتخلية. وَدَعه: تَرَكه، ومنه دع، ومنه وَدَّعتُه توديعًا. ورجل مُتَّدِع: صاحب راحة، وقد نال الشيء وادعًا من غير تكلف. والوديع: الرجل الساكن. والمُوادَعة: المصالحة والمتاركة. والوَديعة: فَعيلة بمعنى مفعولة. وأَودعتُ زيدًا مالًا: دفعتُه إليه ليكون عنده وديعة يحفظه).

انظر: مادة (ودع) في «مقاييس اللغة» لابن فارس (٦/ ٩٦) و«تهذيب اللغة» للأزهري (٣/ ٨٨)، و«المصباح المنير» للفيومي (٢/ ٦٥٣).

الوديعة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: ما يُترك عند الأمين للحفظ. انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٧٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٧/ ٢٧٣).

وعَرَّفها المالكية بأنها: مال مُوَكَّل على حفظه. انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٢٦٩)، و«الفواكه الدواني» للنفراويّ (٢/ ١٦٩)،

وعَرَّفها الشافعية بأنها: المال الموضوع عند أجنبي ليَحفظه. «روضة الطالبين» للنووي (٦/ ٣٢٤)،

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: عَقْد تبرع بحفظ مال غيره بلا تَصَرُّف فيه. «الإنصاف» للمَرْداوي (٦/ ٣١٦). وهذه التعريفات متقاربة في بيان ماهية الوديعة، وإن اختلفت في بعض تفاصيلها وشروطها، وليس هذا محل بحثها.

(٢) **قال السعدي** رَحِمَهُ اللَّهُ: (الفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط تَرْك ما يجب من الحفظ. والتعدي: فِعل ما لا يَجوز من التصرفات أو الاستعمالات).

«القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة» (ص ٤٤).

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان الوديعة بلا تَعدٍ ولا تفريط من المُودَع

أَجْمَع العلماء في الجملة على أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تَعَدٍّ ولا تفريط من الـمُودَع، فليس عليه ضمان.

وقد نَقَل الإجماع جَمْع من أهل العلم، كابن المنذر [(١)]، والشيرازي [(٢)]، والوزير ابن هُبَيْرة [(٣)]، وابن رشد [(٤)].

---

(١) انظر: «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ٣٣٠). وقد سبقت ترجمة ابن المنذر.

(٢) انظر: «المهذب» (٢/ ١٨١).

والشيرازي هو: إبراهيم بن عليّ بن يوسف، أبو إسحاق، جمال الدين الشيرازي.

وُلِد بفيروزآباد سنة (٣٩٣هـ)، وانتقل إلى شيراز، فقرأ على علمائها، وانصرف إلى البصرة، ومنها إلى بغداد سنة (٤١٥هـ).

وظَهَر نبوغه في علوم الشريعة الإسلامية، فكان مرجع الطلاب ومفتي الأمة في عصره، واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة، تُوفي سنة (٤٧٦هـ) ببغداد.

من تصانيفه: «المهذب في الفقه»، و«التبصرة في أصول الفقه». انظر: «طبقات الشافعية الكبرى» للسُّبْكي (٤/ ٢١٥)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٥/ ٣٢٣).

(٣) انظر: «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ٥). وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

(٤) انظر: «بداية المجتهد» (٤/ ٩٤). وابن رشد هو: هو أبو الوليد، محمد بن أبي القاسم أحمد، ابن شيخ المالكية أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، القرطبي.

مولده قبل موت جده بشهر، سنة عشرين وخَمس مئة. عَرَض «الموطأ» على أبيه، وبرع في الفقه، وأَخَذ الطب عن أبي مَرْوان بن حَزْبُول، ثم أقبل على علوم الأوائل، حتى صار يُضْرَب به المثل في ذلك. وله من التصانيف: «بداية المجتهد» في الفقه، و«الكليات» في الطب.

وولي قضاء قرطبة، فحُمِدَتْ سيرته، تُوفي سنة (٥٩٥هـ).

انظر: «السِّير» للذهبي (٢١/ ٣٠٧-٣٠٨)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٦/ ٥٢٢).

ومستندهم في ذلك:

١- **قوله تعالى:** ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ (١).

والأمانات: كل ما اؤتُمن عليه الإنسان وأُمِر بالقيام به، فأَمَر الله عباده بأدائها، ومن ذلك الوديعة؛ لأن صاحبها ائتمن المُودَعَ على حفظها، فاطمأن إليه. وإذا كانت الوديعة أمانة فإن الأمانات لا تُضْمَن إلا بالتعدي أو التفريط؛ لأن الضمان ينافي الأمانة (٢).

٢- **قوله تعالى:** ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ (٣).

فمَن أَحْسَن إلى غيره، في نفسه أو في ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، فهو غير ضامن؛ لأنه محسن. والمُودَع إذا حَفِظ الوديعة فإنه يقوم بذلك لمصلحة مالكه لا لمصلحته، فإذا تلفت الوديعة بلا تَعَدٍّ ولا تفريط فلا سبيل عليه، وإلزامه بالضمان نوع من السبيل (٤).

٣- **ولأن المُودَع يَقبض الوديعة لمصلحة مالكها،** فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قَبول الوديعة، وهذا مُضِر؛ لِما في الناس من الحاجة إليها لحفظ أموالهم (٥).

٤- **ولأن الأصل الشرعي هو عدم الضمان؛** لأن مال المُودَع معصوم بعصمة

---

(١) سورة النساء: الآية (٥٨).

(٢) انظر: «أحكام القرآن» للجَصَّاص (٣/ ١٧٢)، و«أحكام القرآن» لابن العربي (١/ ٥٧١)، و«تفسير القرطبي» (٥/ ٢٥٦).

(٣) سورة التوبة: الآية (٩١).

(٤) انظر: «تفسير السعدي» (ص١٨٣).

(٥) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٨).

الإسلام، فلا يَلزم منه شيء إلا بأمر الشرع، ولا يُحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يَثبت [١].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المُودَع

جاء عن أنس بن مالك، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «ضَمَّنه وديعة سُرِقَتْ من بيت ماله» [٢] فدل ذلك أن الوديعة إذا تَلِفت من بين مال الـمُودَع فإنه يضمنها، فيكون هذا استثناء من الإجماع السابق، وهو رواية عن الإمام أحمد [٣].

---

(١) «السيل الجرار» للشوكاني (١/ ٦٥٢).

وهو يشير بقوله: (بما لا يَثبت) إلى حديث عمرو بن شُعَيْب عن أبيه عن جَده، أن النبي ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن»، وإلى ما جاء عنه أيضًا: «ليس على المستعير غير المُغِل ضمان، ولا على المُستودَع غير المُغِل ضمان».

قال الشوكانيّ: (فإن في أسانيدهما مَن لا تقوم به الحُجة).

وقد رواهما الدارقطني في البيوع (٣/ ٤٥٥) برقم (٢٩٦١) ثم أشار إلى ضعف الرواة في حديث: «ليس على المستعير...»، وقال: (وإنما يُرْوَى عن شُرَيْح القاضي غير مرفوع).

كما أخرج ابن ماجه في «سُننه» من طريق عُبَيْد الله بن الجَهْم الأنماطي قال: حدثنا أيوب بن سُوَيْد، عن المُثَنَّى، عن عمرو بن شُعَيْب، عن أبيه، عن جَده، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أُوْدِع وديعة فلا ضمان عليه» في كتاب الصدقات، باب الوديعة (٢/ ٨٠٢) برقم (٢٤٠١).

قال السندي في «حاشيته على سُنن ابن ماجه» (٢/ ٧٣): (هذا إسناده ضعيف؛ لضَعْف المُثَنَّى بن الصَّبَّاح والراوي عنه).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مُؤتمَن (٦/ ٤٧٣) برقم (١٢٧٠٢).

(٣) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٨).

ودليلهم على ذلك: وجود التهمة في المُودَع، وهي مَظِنة تفريطه؛ إذ حَفِظ ماله من دون الوديعة؛ ولذلك قال عمر: «كيف ذَهَبَتْ من بين مالك؟!»[(١)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا: أن وجود التهمة غير مُسَوِّغ لاستحلال أموال الناس؛ لأن التهمة من الظن، وقد أَنْكَر الله ﷻ اتباع الظن فقال: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّۖ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا﴾[(٢)] وقد قال النبي ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم- عليكم حرام»[(٣)].

فمال المُودَع حرام على غيره ما لم يُوجِب أخذه منه نص[(٤)].

ثانيًا: أن تضمين عمر لأنس رضي الله عنهما إنما كان بسبب تفريط أنس.

قال الماوردي: (فقد قيل: إنه دَفَعها إلى خادمه، وإلا فقد حَرَّم الله تعالى صحابة نبيه ﷺ عن أن تتوجه إليهم تهمة)[(٥)].

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» كتاب البيوع، باب الوديعة (٨/ ١٨١) برقم (١٤٧٩٩).

(٢) سورة النجم: الآية (٢٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب الخُطبة أيام مِنى (٢/ ١٧٦) برقم (١٧٣٩)، ومسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ (٢/ ٨٨٦) برقم (١٢١٨).

(٤) «المُحَلَّى» لابن حزم (٧/ ١٣٧).

(٥) «الحاوي» (٨/ ٣٥٦).

والماوردي هو: علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي.

من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. وُلِد في البصرة سنة (٣٦٤هـ)، ووَلِيَ القضاء في بُلدان كثيرة، ثم جُعِل (أقضى القضاة) في أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى مذهب الاعتزال.

نسبته إلى بيع ماء الورد. ووفاته ببغداد سنة (٤٥٠هـ). =

ويؤيد ذلك: ما قاله البيهقي بعد روايته أثر عمر: (يحتمل أنه كان فَرَّط فيها، فضَمَّنها إياه بالتفريط) [(١)].

وعلى ذلك فإِنَّ رَأْي عمر في ضمان الوديعة أنها أمانة لا تُضْمَن إلا بالتعدي أو التفريط، بدلالة عدم تضمينه فيما لم يَرِد فيه التعدي أو التفريط [(٢)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- أنه لا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه مبنيّ على الظن بتفريط المُودَع، وجميع الفقهاء متفقون على أنه في حالة التفريط أو التعدي فإن المُودَع ضامن. أما حال الظن فلا يَجوز استحلال أموال الناس المعصومة شرعًا به إلا بدليل.

سبب الاستثناء:

يَظهر من المسألة أن سبب الاستثناء هو الاستصحاب؛ لأن القائلين بالاستثناء استصحبوا حكم التضمين في حال التعدي أو التفريط فيما يُظن فيه حصولها.

= انظر: «طبقات الشافعية» لابن الصلاح (٢/ ٦٣٦-٦٤٢)، و«طبقات الشافعية الكبرى» للسُّبْكي (٥/ ٢٦٧-٢٦٩).

(١) «السُّنن الكبرى» (٦/ ٤٧٣). وقد سبقت ترجمة البيهقي.

(٢) روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» أن رجلًا استَودع رجلًا وديعة فهلكت، فلم يُضمنه عُمَر) كتاب البيوع والأقضية، في المضاربة والعارية والوديعة (٤/ ٣٩٩) برقم (٢١٤٦٨).

المطلب الثاني

استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المُودَعَ عن علفها- من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان البهيمة المُودَعة إذا ماتت لعدم علفها مِن قِبل المُودَع

صورة المسألة:

إذا أَوْدَع المُودِع بهيمة عند المُودَع ولم يَترك نفقتها ولا علفها، ولم يتمكن المُودَع من الرجوع إلى صاحبها ولا وكيله لطلب الإنفاق، فهل تجب النفقة والضمان على المُودَع؟ **خلاف على قولين:**

القول الأول- وهو قول عند الحنفية، والمذهب عند المالكية، والشافعية والحنابلة-: أنه يَلزم المُودَع الإنفاق. ولو تَرَكَ الإنفاق وهلكت البهيمة فعليه الضمان(١).

القول الثاني- ذهب الحنفية، وهو احتمال عند الحنابلة-: إلى أنه لا يَلزم المُودَع الإنفاق، وليس عليه ضمان إذا هلكت البهيمة (٢).

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٧٥)، و«الذخيرة» للقرافي (٩/ ١٥١)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٣٦٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٨٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ١٣٤)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٤٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٧٠).

(٢) انظر: «دُرَر الحكام» لعلي أفندي (٢/ ٢٨٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ١٧).

دليل القول الأول: أن قَبول الوديعة يَعني حفظها واستدامتها، ولا يَتم ذلك إلا بالإنفاق عليها وعلفها، وهو مقتضى العُرف. فإذا تَرَك علفها فقد عَرَّضها للهلاك فيَضمن، أشبه ما لو لم يُحرزها (١).

دليل القول الثاني: أن العقد على الحفظ، وليس على الإنفاق والعلف، والنفقة على مالكها، فإذا لم يُنفِق عليها كان هو المُفَرِّط في ماله (٢).

يجاب عنه: بأن صون البهائم عن تعذيبها بالجوع وغيره حق لله تعالى؛ لأن تعذيب الحيوان منهي عنه. كما أن قَبول الوديعة يتضمن القيام بحفظها واستدامتها، وليس من استدامتها أن تُعَطَّل حتى تَهلك. وهذا يَعتضد بالعُرْف أيضًا، فإن الدواب لا تُقْبَل لتُقْتَل وتُترَك حتى تموت وتَهلك ضياعًا وجوعًا (٣).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لأن فيه صونًا للمال من التلف، وقد نَهَى الشارع عن إضاعة المال. كما أن فيه إقامة لحق الله في البهائم بحفظها ورعايتها وعدم تعذيبها.

***

(١) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ١٣٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٧٠).

(٢) انظر: «دُرر الحكام» لعلي أفندي (٢/ ٢٨٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ١٧).

(٣) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٩/ ١٥١)، و«نهاية المطلب» للجُويني (١١/ ٤١٢).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المُودَعَ عن علفها

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فقد استَثنى الشافعية والحنابلة ما إذا كان هلاك البهيمة بسبب نهي مالكها عن علفها، فإنه لا ضمان على المُودَع حينئذٍ مع بقاء الإثم [(١)].

ودليلهم على ذلك: أن المُودَع ممتثل أمر مالكها، فهو كما لو أَمَره بقتلها، فلا يستحق عليه الضمان.

وذلك أن المسألة يتعلق بها حقان:

الأول- حق لله تعالى، ومقتضاه الإثم، وهو تحريم تعذيب الحيوان وإتلاف المال وإضاعته.

الثاني- حق الضمان، وهو حق للآدمي، وقد رضي بإسقاطه، فلا يَلزم من التحريم وجوب الضمان[(٢)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأنه وسط بين الأقوال السابقة، فراعى حرمة البهيمة وجَعَل الإثم على مَن يَترك علفها، كما أنه أسقط الضمان عن المُودَع؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها فجعلوا التبعة عليه.

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٨/ ٣٦٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٨٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ١٣٤)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٥٠).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ١٩).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء رَاعَوْا مصلحة المُودَع في عدم تضمينه؛ لأن تلف البهيمة لم يكن بسببه، بل بسبب المالك الذي نهى عن علفها، وفي إيجاب الضمان عليه إضرار به بلا مُسَوِّغ شرعي.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الساقط لا يَعود).

وبيان ذلك: أن المالك قد أسقط حقه في الضمان لما أَمَر المُودَعَ بما يوجب التلف وهو منع العلف، وبسقوط حقه في الضمان لا يَعود إليه إلا بسبب جديد [1].

(١) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٩٤)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٦٥).

المبحث الثالث

المُستثنَيات في باب الوقف

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الوقف المُعَلَّق بالموت- من عدم صحة تعليق الوقف على شرط.

المطلب الثاني: استثناء المسجد، وما حَكَم بلزومه الحاكم، وما أُوصِيَ به بعد الموت- من جواز رجوع الواقف في الوقف.

المطلب الثالث: استثناء حال تعطل المنافع- من عدم جواز بيع الوقف.

المطلب الرابع: استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم- من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم.

المطلب الأول

استثناء الوقف (١) المُعَلَّق بالموت- من عدم صحة تعليق الوقف على شرط

(١) **الوقف في اللغة:**

قال ابن فارس: (الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تَمَكُّث في شيء. والوَقْف: مصدر وَقَف، يقال: وَقَف الشيءَ وأوقفه، وحَبَسَه وأَحْبَسَه وحَبَّسَه، وسَبَّله، كله بمعنى واحد، وهو مما اختص به المسلمون).

انظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس (٦/ ١٣٥) مادة (وقف) و«تهذيب اللغة» للأزهريّ (٩/ ٢٥١) مادة (وقف)، و«المُطلع» للبعلي (١/ ٣٤٤).

الوقف في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفه أبو حنيفة: بأنه حَبْس العين على مِلك الواقف، والتصدق بالمنفعة. «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٠).

وعَرَّفه صاحبا أبي حنيفة بأنه: حَبْس العين على مِلك الله تعالى، وصَرْف منفعتها على مَن أَحَب. «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٣٧).

وعَرَّفه المالكية بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازمًا بقاؤه في مِلك معطيه، ولو تقديرًا. «شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع (ص٤١١).

وعَرَّفه الشافعية بأنه: حَبْس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مَصْرِف مباح موجود. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٢٢).

وعَرَّفه الحنابلة بأنه: تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة -أي: المنفعة-. «المغني» لابن قدامة (٦/ ٣).

تعريف الحنابلة أجمعها وأيسرها، وهو نص حديث النبي ﷺ في قوله لعمر: «حَبِّس الأصل وسَبِّل المنفعة» وهو مُقتصِر على ماهية الوقف، من دون التعرض للشروط والقيود الخارجة عن الماهية. =

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تعليق الوقف على شرط:

صورة المسألة: أن يقول الواقف: إذا جاء غد أو جاء رأس الشهر، فإن داري- أو: أرضي- صدقة موقوفة.

فهل يصح تعليق الوقف على شرط أم لا؟ خلاف على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية، والحنابلة في أحد الوجهين- إلى صحة تعليق الوقف على شرط (١). وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم (٢).

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة- إلى عدم صحة تعليق الوقف على شرط (٣).

= واختلاف التعريفات سببه ثلاثة أمور:

أولًا- الاختلاف في لزوم الوقف وعدمه.

ثانيًا- الاختلاف في بقاء العين الموقوفة في مِلك الواقف، وخروجها عنه.

ثالثًا- الاختلاف في تأقيت الوقف وعدم جوازه.

(١) انظر: «شرح الخرشي» (٧/ ٧٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٨٧)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٥).

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٢٥-٤٨)، و«إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان» (٢/ ١٧). وقد سبقت ترجمتهما.

(٣) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٨)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٠٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٤١)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٢٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٢٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٣٧)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٥٠). وينبغي لنا الإشارة إلى أن الحنفية يَمنعون من تعليق الوقف، لكنهم يجيزون الوقف المضاف إلى زمن في المستقبل. =

أدلة القول الأول:

١- عموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [(١)]، فالعقود في الآية مطلقة، تشمل المُعَلَّق منها والـمُنَجَّز.

٢- ولأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، ولا يَبطل منها شيء إلا بدليل، ولا دليل على بطلان تعليق الوقف بالشرط [(٢)].

٣- ولأنه لا خلاف أنه يصح تعليقه بالشرط بالنسبة إلى البطون، بطنًا بعد بطن، وأن كونه وقفًا على البطن الثاني مشروط بانقضاء البطن الأول. فإذا صح التعليق في هذه الصورة، صح فيما عداه من التعليق لعدم الفرق [(٣)].

٤- قياس الوقف على العتق، فكما أنه يَجوز تعليق العتق، فكذلك الوقف، والجامع أن كلًّا منهما معروف وبِر من دون عِوَض [(٤)].

= فيَجوز الوقف في قولك: (أرضي هذه وقف غدًا) لأنه ليس تعليقًا، بل إضافة الوقف إلى زمن في المستقبل.

وأما قولك: (إذا جاء غد فأرضي وقف) فلا يصح؛ لأنه تعليق، والوقف لا يَقبل التعليق عندهم.

انظر المراجع السابقة في المذهب الحنفي.

(١) سورة المائدة: الآية (١).

(٢) انظر: «القواعد النورانية» لابن تيمية (ص٢٦١).

(٣) انظر: «إغاثة اللهفان» لابن القيم (٢/ ١٧).

(٤) انظر: «شرح الخرشي» (٧/ ٧٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٨٧)، و«إغاثة اللهفان» لابن القيم (٢/ ١٧).

أدلة القول الثاني:

١- القياس على البيع، فكما أنه لا يصح تعليق البيع على شرط، فكذلك الوقف، بجامع الجهالة في كل [(١)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا- لا نُسَلِّم أن البيع لا يصح تعليقه على شرط [(٢)].

ثانيًا- وإِنْ سَلَّمْنا، فإنه قياس مع الفارق؛ لأن الوقف عقد تبرع، والبيع عقد معاوضة، والجهالة في عقود التبرعات مُغتفَرة.

٢- القياس على الهبة، فكما أنه لا يصح تعليق الهبة على شرط، فكذلك الوقف، والجامع أن كلًّا منهما نَقْل للمِلك فيما لم يُبْنَ على التغليب والسَّرَاية [(٣)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا- لا نُسَلِّم أن الهبة لا يصح تعليقها على شرط، فقد صح عن النبي ﷺ أنه قال لجابر: «لو قد جاء مال البحرين، قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا» [(٤)].

ثانيًا- وإن سَلَّمْنا، فإنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تمليك أصل ومنفعة، بخلاف الوقف فهو تمليك منفعة فقط.

---

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٢٤)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣١/ ٢٥).

(٢) انظر: «القواعد النورانية» لابن تيمية (ص٢٦١).

(٣) انظر: «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٠٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٤١)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٥٠).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الحَوَالات، باب مَن تَكَفَّل عن ميت دَيْنًا، فليس له أن يَرجع (٣/ ٩٦) برقم (٢٢٩٧). ومسلم في كتاب الفضائل، باب ما سُئِل رسول الله ﷺ شيئًا فقال لا، وكثرة عطائه (٤/ ١٨٠٦) برقم (٢٣١٤).

كما أن الهبة تمليك لمُعَيَّن، بخلاف الوقف فهو إما إخراج المِلك لله، وإما أنه باقٍ في مِلك الواقف، على خلاف بين الفقهاء.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

ولأن الحاجة والضرورة تدعو إليه؛ لأن مِن الناس مَن لا يتيسر لهم الوقف إلا بشرط، كأن لم يتأكد من مِلكيته للشيء المراد وقفه، فيَخشى إن لم يقف الآن أن يَعْدِل عن الوقف في المستقبل لسبب من الأسباب.

فالقول بصحة تعليق الوقف على شرط فيه تيسير لأبواب الخير وإعانة للراغب فيه، مع عدم وجود ما يَمنع شرعًا.

❊❊❊

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الوقف المُعَلَّق بالموت

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ اسْتَثْنَوْا صورة واحدة من قولهم السابق، فأجازوا تعليق الوقف بالموت من عدم جواز الوقف المُعَلَّق على شرط [(١)]، كقولك: (إن مِتُّ فأرضي- أو: داري- وَقْف على الفقراء).

ودليلهم على ذلك:

١- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى، فكان في وصيته:

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٢٧)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٤١)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٣٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٦/ ٣٩٨)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٥٠).

«بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين، إن حَدَث به حَدَثٌ، أن ثَـمْغًا وصِرْمة بن الأكوع [١] والعبد الذي فيه، والمِئة سهم التي بخيبر، ورقيقه الذي فيه، والمِئة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي- تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، أن لا يباع ولا يُشترَى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى، ولا حرج على مَن وليه إنْ أكَل أو آكَلَ أو اشترى رقيقًا منه» [٢].

فقوله: «إنْ حَدَث به حَدَثٌ...» نص صريح على جواز تعليق الوقف بالموت [٣].

نوقش: بأن وقف عمر كان مُنَجَّزًا لا مُعَلَّقًا؛ لأن الوقف حَدَث في حياة النبي ﷺ، وكان عمر رضي الله عنه هو الذي يلي الوقف في حياته، فأوصى أن تليه بعد وفاته ابنته حفصة أم المؤمنين رضي الله عنها. وحينئذٍ فالحديث لا يَصلح دليلًا على ما ذكرتم [٤].

يجاب عنه: بأن احتمال التعليق مِن قِبل عمر ممكن؛ لقوله: «لولا أني ذَكَرْتُ صدقتي لرسول الله ﷺ، لرَدَدْتُها» [٥] فهذا يُشْعِر بأن وقفه في زمن النبي لم يكن

---

(١) هما مالان معروفان بالمدينة، كانا لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فوَقَفهما. «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (١/ ٢٢٢).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا، بِاب ما جاء في الرجل يُوقِف الوقف (٣/ ١١٧) برقم (٢٨٧٩) وصححه الألباني في تعليقه على «السُّنن».

(٣) انظر: «عون المعبود» للعظيم آبادي (٨/ ٦٠).

(٤) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٤٠٤).

(٥) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار»، كتاب الهبة والصدقة، باب الصدقات الموقوفات (٤/ ٩٦) برقم (٥٨٧٦).

وأخرجه البيهقي في «معرفة السُّنن والآثار»، كتاب الصلح، باب الوقف (٩/ ٣٩) برقم (١٢٢٨٣) وقال البيهقي: (فهو منقطع، لا تَثبت به حُجة، ومشكوك في متنه).

مُنَجَّزًا، وإنما هو استشارة في كيفيته [(١)].

٢- القياس على تعليق العتق بالموت، وكَوْن تعليق العتق بالموت اختص باسم خاص، وهو التدبير، فلا يُغَيِّر في حقيقة الأمر شيئًا؛ لأن المقصود من المعاملات مقاصدها ومعانيها بأي لفظ كان، وليس المقصود من المعاملات ألفاظها؛ إذ لم يَشرع الله لنا ولا رسوله التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها.

٣- ولأن الوقف بعد الموت بمنزلة الوصية، والوصية لا تقع إلا معلقة بمقتضى العقد.

٤- قياس الوقف على الهبة والصدقة المطلقة، فكما يصح تعليق الواهب لهبته بعد الموت، ومِثله المتصدق، فكذلك الوقف. والجامع أن كلًّا منهما تَبَرُّع معلق بالموت [(٢)].

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة صحة تعليق الوقف على شرط، سواء أكان التعليق بالموت أم غيره، فيكون الاستثناء داخلًا ضمنًا على القول الراجح، ولا حاجة لحصره بالموت من دون غيره.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم الوقف المعلق بالموت على العتق والهبة والصدقة إذا عُلِّقت بالموت؛ لأنها كلها تبرع مُعَلَّق بالموت.

---

(١) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٤٠٢).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٦/ ٤٠٠).

المطلب الثاني

استثناء المسجد، وما حَكَم بلزومه الحاكم، وما أُوصِيَ به بعد الموت- من جواز الرجوع في الوقف

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الرجوع في الوقف

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب صاحبا أبي حنيفة، وهو المُفتَى به عند الحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة- إلى أن الوقف عقد لازم لا يَجوز الرجوع فيه، على خلاف بينهم في وقت لزومه، هل هو بالقبض؟ أو من حين التلفظ بالوقف؟ (١).

القول الثاني- ذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف عقد غير لازم، ويَجوز للواقف الرجوع فيه (٢).

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٢٧ وما بعدها)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٢٥)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٤)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٠٦)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٣٨)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/ ٣٢٢)، و«شرح الخرشي» (٧/ ٧٩)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٧٥)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥١١)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٢٦)، و«روضة الطالبين» للنووي (٢/ ٥٣٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٢٣)، و«إعانة الطالبين» للبَكْري (٣/ ١٨٨)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٥٥). وقد سبقت ترجمة صاحبَيْ أبي حنيفة.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٢٧ وما بعدها)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٠٦)، وانظر مراجع الحنفية السابقة.

أدلة القول الأول:

١- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضًا بخيبر، فأَتَى النبيَّ ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبتُ أرضًا بخيبر لم أُصِب مالًا قط أَنْفَس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئتَ حَبَّسْتَ أصلها، وتَصَدَّقْتَ بها» فتَصَدَّقَ بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتَصَدَّقَ بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على مَن وَلِيَها أن يأكل منها بالمعروف، ويَطعم غير متمول [(١)].

وفي رواية: قال الرسول لعمر: «تَصَدَّقْ بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن يُنفَق ثمره» [(٢)].

وَجْه الاستدلال: أن قوله: «حَبَّسْتَ» لا يُفْهَم منه إلا التأبيد، وهذا ما دلت عليه الرواية الثانية، فقد نص النبي ﷺ على لزومه فقال: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، فهذه التقييدات من النبي ﷺ تقتضي أنه لا يَجوز التصرف بالعين بما يزيل وقفيتها [(٣)].

٢- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو عِلم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعو له» [(٤)].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف (٣/ ١٩٨) برقم (٢٧٣٧).
ومسلم في كتاب الهبات، باب الوقف (٣/ ١٢٥٥) برقم (١٦٣٢٣).

(٢) أخرجها البخاري، كتاب الوصايا، باب: وما للوصي أن يَعمل في مال اليتيم (٤/ ١٠) برقم (٢٧٦٤).

(٣) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٤٠٣)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٢٩).

(٤) سبق تخريجه.

وَجْه الاستدلال: أن قوله: «صدقة جارية» يُشْعِر بأن الوقف يَلزم ولا يَجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وَصَفه في الحديث بعدم الانقطاع (١).

٣- أنه قد وَقَف جَمْع من الصحابة، كأبي بكر وعمر وعثمان وعليّ وعائشة وجابر... وغيرهم، فلم يُنْقَل عن أحد منهم أنه رجع عن وقفه أو تَصَرَّفَ فيه. ولو كان ذلك جائزًا لَنُقِل عن أحد منهم الرجوع، فكان ذلك إجماعًا فعليًّا على عدم جواز الرجوع في الوقف (٢).

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «لولا أني ذَكَرْتُ صدقتي لرسول الله، لرَدَدْتُها» (٣).

وَجْه الاستدلال: أنه يدل على أن الوقف لا يَمتنع الرجوع فيه، وأن الذي مَنَع عمرَ من الرجوع كونه ذكره للنبي ﷺ فكَرِه أن يُفارِقَه على أمر ثم يخالفه إلى غيره (٤).

الجواب عنه من وجهين:

أولًا- أن هذا الخبر عن عمر منقطع.

قال البيهقي: (فهو منقطع، لا تَثبت به حجة، ومشكوك في متنه) (٥).

---

(١) «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٢٩-٣٠).

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥١٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٦/ ٥٢٠).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٣٠).

(٥) انظر: «معرفة السُّنن والآثار» (٩/ ٣٩). وقد سبقت ترجمة البيهقي.

وانظر أيضًا: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٤٠٢)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٣٠).

ثانيًا- على فرض التسليم بصحة الرواية، فإنه لا حُجة فيها؛ لأن فِعل الصحابي ليس بحجة إذا خالفه صحابيّ آخَر [(١)]، فكيف إذا كان مُخالِفًا لصريح قول النبي ﷺ في وقف عمر لأرضه، وهو قوله: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»؟! [(٢)].

٢- ما رُوِيَ أن عبد الله بن زيد- صاحب الأذان- [(٣)] جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن حائطي هذا صدقة، وهو إلى الله تعالى ورسوله. فجاء أبواه فقالا: يا رسول الله، كان قِوامَ عيشنا!! «فرَدَّه رسول الله ﷺ عليهما» ثم ماتا فوَرِثهما ابنهما بعدهما [(٤)].

---

(١) كما سيأتي في إنكار الصحابة على حَسَّان لما باع حصته من وقف أبي طلحة.

(٢) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ٣٠).

(٣) هو: عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث، الأنصاري الخزرجي، يكنى أبا محمد. شَهِد العقبة، وشَهِد بدرًا وسائر المَشاهد مع رسول ﷺ، وهو الذي أُرِيَ الأذان في النوم، فأَمَر به رسول الله ﷺ بلالًا على ما رآه عبد الله بن زيد هذا. تُوفي بالمدينة سنة (٣٢هـ).

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٣/ ٩١٢-٩١٣)، و«الإصابة» لابن حجر (٤/ ٨٤).

(٤) **رواه الدارقطني في** «سُننه»، كتاب الأحباس، باب وقف المساجد والسقايات (٥/ ٣٥٨) برقم (٤٤٥٢) من طريق أبي بكر ابن حزم، عن عبد الله بن زيد.
كما رواه الدارقطني من طريق بَشير بن محمد بن عبد الله بن زيد، عن جَده عبد الله بن زيد، في الباب نفسه (٥/ ٣٥٧) برقم (٤٤٤٩).
ورواه الحاكم في «المُستدرَك»، كتاب معرفة الصحابة، باب ذِكر مناقب عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصاري، صاحب الأذان (٣/ ٣٧٩) برقم (٥٤٤٨) من طريق أبي بكر بن حزم، عن عبد الله بن زيد.
ورواه أيضًا من طريق بَشير بن محمد بن عبد الله بن زيد، عن جَده عبد الله بن زيد، في كتاب الفرائض، باب: وأما حديث ابن عُيينة (٤/ ٣٨٧) برقم (٨٠٢١).
ورواه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الوقف، باب مَن قال: لا حَبْس عن فرائض الله ﷻ (٦/ ٢٩٦) برقم (١١٩١٣) من طريق أبي بكر بن حزم، عن عبد الله بن زيد. =

وَجْه الاستدلال: أن الرسول ﷺ رد الصدقة، ولو كان الوقف لازمًا لما رده.

يجاب عنه من وجوه عِدَّة:

أولًا- أن الحديث فيه انقطاع، كما قرره الحُفاظ، فلا حُجة فيه.

ثانيًا- على فرض صحته، فليس فيه ذِكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، وجَعَل مَصْرِفها إلى اختيار رسول الله ﷺ فتَصَدَّقَ بها على والديه.

وبِناء عليه، فلا يكون ذلك ردًّا من النبي ﷺ لصدقته (١).

ثالثًا- على فرض أن المراد به الوقف، فإنه يحتمل أن الحائط الذي تصرف فيه عبد الله بن زيد لم يكن له، وإنما كان لأبويه، بدليل أنه جاء في الخبر « ثم ماتا فوَرِثهما» فكان تصرفه فيه بحكم النيابة عنهما؛ لأن الإنسان لا يرث ماله، فتَصَرَّف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم يُنْفِذَاه، وأَتَيا النبيَّ ﷺ فردَّه عليهما (٢).

٣- ما ثَبَت أن حسان بن ثابت رضي الله عنه باع حصته من وقف أبي طلحة، إلى معاوية بن أبي سفيان (٣).

= وهو مرسل بجميع طرقه كما قَرَّر البيهقي، مُوافِقًا في ذلك الدارقطني والحاكم.

وقال الترمذي: سَمِعتُ البخاري يقول: لا يُعْرَف لعبد الله بن زيد بن عبد ربه إلا حديث الأذان. وقال- أي: **الترمذي**-: لا نَعرف له شيئًا يصح عن النبي ﷺ إلا هذا الحديث الواحد في الأذان. انظر: «نَصْب الراية» للزيلعي (١/ ٢٦٠) ونَقَلَ- أي: الزيلعي- عن الذهبي القول بإرساله- ولم أقف عليه-. وانظر: «البدر المنير» لابن المُلَقِّن (٣/ ٣٤٢).

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٥٢١).

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥١٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٥٢١).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب مَن تَصَدَّق إلى وكيله، ثم رَدَّ الوكيلُ إليه (٤/ ٨) برقم (٢٧٥٨).

الجواب عنه من وجهين:

أولًا-أن أبا طلحة مَلَّكهم الحديقة، ولم يوقفها عليهم، إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها [(١)].

ثانيًا- على فرض التسليم بأنه وَقْف، فهو فِعل صحابي، وهو حُجة ما لم يُخالَف من الصحابة، وقد أَنْكَر عليه الصحابة هذا البيع، فقالوا له: «أتبيع صدقة أبي طلحة؟ فقال: ألا أبيع صاعًا من تمر بصاع من دراهم؟» بالإضافة إلى أنه خالف نصًّا صريحًا عن النبي ﷺ في وقف عمر رضي الله عنه لأرضه.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين.

ويُعتذَر لأبي حنيفة بما اعتَذر له تلميذه أبو يوسف؛ إذ كان يجيز بيع الوقف، فبَلَغه حديث وقف عمر لأرضه، فرجع عن قوله وقال: «هذا لا يسع أحدًا خلافه، ولو بَلَغ أبا حنيفة لقال به» [(٢)] رحمهم الله جميعًا.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المسجد، وما حَكَم بلزومه الحاكم، وما أُوصِيَ به بعد الموت

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فذهب أبو حنيفة إلى استثناء ثلاث مسائل من قوله السابق، يكون فيها الوقف لازمًا لا يَجوز الرجوع فيه.

---

(١) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٣٨٨).

(٢) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٤٠٣). وقد سبقت ترجمة أبي يوسف.

وهي على التفصيل الآتي:

أولًا- وقف المسجد:

إذا أوقف الواقف جزءًا من أرضه مسجدًا، وأَذِن للناس بالصلاة فيه، فإنه لا يَجوز له الرجوع في الوقف؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا﴾(١) فأضاف الله ﷻ المساجد إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة.

فالواقف إذا أوقف أرضه مسجدًا وجعله مُحَرَّرًا خالصًا لوجه الله ﷻ، فليس له حق الانتفاع به بغير العبادة فيه، وليس له الرجوع فيه(٢).

سبب الاستثناء:

النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا﴾ فاختصها الله لنفسه، فلا يَجوز الرجوع حينئذٍ.

ثانيًا- ما حَكَم بلزومه الحاكم:

صورة المسألة: أن يُسَلِّم الواقفُ ما أوقفه إلى مُتَوَلٍّ، ثم يريد الواقف الرجوع فيه مُحتجًّا بعدم اللزوم، فيتخاصمان إلى القاضي، فيَقضي القاضي بلزومه، فلا يَجوز الرجوع في الوقف بعدما حَكَم الحاكم بلزومه؛ لأن قضاء القاضي صادف محل اجتهاد، وحُكْم القاضي في المسائل الاجتهادية مُلزِم لا يَجوز نقضه(٣).

---

(١) سورة الجن: الآية (١٨).

(٢) انظر: «الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٣/ ٤٤)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٧)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٥/ ٢٦٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٥٦).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٢٦) وقد نَقَل النَّسَفي الإجماع على ذلك في «كنز الدقائق»، وانظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٤)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٠٦)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٣٨).

سبب الاستثناء: المصلحة، وبيان ذلك: أن مصالح الناس لا تستقيم إذا لم يكن حُكْم الحاكم مُلزِمًا، ولَمَّا انتهت الخصومات بذلك؛ لأنه متى ما حَكَم الحاكم فإن المحكوم عليه سيَطلب الحكم بالقول الذي يختاره! وفي هذا مَفسدة عظيمة وتعطيل لمصالح المسلمين؛ لأن الخلاف في الفروع كثير.

والحاكم مُلزَم بأن يَحكم بالعدل الذي يراه بعد الاجتهاد والنظر، فإن أصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر وخطؤه معذور فيه لأنه مجتهد، وقد قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (١).

القاعدة الفقهية المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (حُكْم الحاكم يَرفع الخلاف)، فإذا اختصم اثنان عند القاضي، وكان محل النزاع مُختلَفًا فيه بين العلماء، فإِنَّ حُكْم الحاكم هنا يَرفع الخلاف ويَلزم إنفاذه (٢).

ثالثًا- ما أُوصِيَ به بعد الموت:

صورة المسألة: أن يقول الواقف: (إذا مِتُّ فأرضي هذه موقوفة على الفقراء) فإذا تُوفي وهو مُلتزِم بالوصية، أُخرِج هذا الوقف في حدود الثلث، فلا يَجوز للواقف هنا الرجوع في وقفه هذا؛ لأنه لما علقه على الموت لم يصح وقفًا؛ لأن التعليق يُبْطِل الوقف، ولكنه أَخَذ حكم الوصية بالمنافع بعد الموت، والوصية تَلزم بعد وفاة المُوصِي في حدود الثلث (٣).

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٦).

(٢) انظر: «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» للحسيني (٣/ ١١٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٧).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٢٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٢٦)، و«العناية» للبابرتي (٦/ ٢٠٣)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٠٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٣٨).

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في الفرع الأول من هذا المطلب- أن الوقف عقد لازم، لا يَجوز الرجوع فيه، ولا يَقتصر ذلك على المسائل الثلاث التي أوردها الحنفية، التي هي داخلة ضمنًا، على القول الراجح، ولا حاجة إلى استثنائها من دون غيرها؛ لأن الحُكْم واحد في جميع الأوقاف.

المطلب الثالث

استثناء حال تَعطُّل المنافع من عدم جواز بيع الوقف

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع الوقف:

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين العلماء أنه لا يَجوز بيع الوقف إذا لم تكن هناك مصلحة للوقف وأهله، أو كانت المصلحة مساوية.

واختلفوا فيما إذا كانت هناك مصلحة راجحة للوقف وأهله- على قولين:

القول الأول: ذهب بعض الحنفية، وبعض الحنابلة- إلى جواز بيع الوقف للمصلحة الراجحة [(١)]. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية [(٢)].

القول الثاني- وهو الأصح عند الحنفية، وقول المالكية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة-: أنه لا يجوز بيع الوقف ولو ظهرت المصلحة في ذلك [(٣)].

---

(١) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٢١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٢٣)، و«الفروع» لابن مفلح (٧/ ٣٨٤)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (١٦/ ٥٢٣).

(٢) انظر: «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٢٥٢)، و«الفتاوى الكبرى» (٤/ ٣٥٩).
وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٣) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٢٨)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٥/ ٢٢٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٨٤)، و«الفواكه الدواني» للنفراوي (٢/ ١٦٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٩١)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٥٦)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣٩٥)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٨)، و«الفروع» لابن مفلح (٧/ ٣٨٤).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ قال لها: «يا عائشة، لولا أن قومكِ حديثُ عهدٍ بجاهلية، لأَمَرْتُ بالبيت فهُدِم، فأَدْخَلْتُ فيه ما أُخْرِجَ منه، وألزقتُه بالأرض، وجَعَلْتُ له بابين: بابًا شرقيًّا وبابًا غربيًّا، فبَلَغْتُ به أساس إبراهيم» (١).

قال ابن تيمية:

(ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض، ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجبًا، لم يتركه، فعُلِمَ أنه كان جائزًا وأنه كان أصلح لولا ما ذَكَره من حِدْثَانُ عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخَر، فعُلِم أن هذا جائز في الجملة) (٢).

٢- ما رُوِي أن عمر كَتَب إلى عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لما بَلَّغه أن بيت المال الذي بالكوفة نُقِب: «انقل المسجد، واجعل بيت المال مما يلي القِبلة؛ فإنه لا يَزال في المسجد مَن يصلي» (٣).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها (٢/ ١٤٧) برقم (١٥٨٦) واللفظ له. ومسلم في كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها (٢/ ٩٦٩) برقم (١٣٣٣).

(٢) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٢٤٤).

(٣) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (٩/ ١٩٢) برقم (٨٩٤٩) عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن جَدّه.

قال الهيثمي: (القاسم لم يَسمع من جده) «مَجْمَع الزوائد» (١/ ١٩٩).

وقال ابن قاضي الجبل: (القاسم مِن أعلم الناس بحال جَدّه، وأَمْره وشأنه، لا يُطْلِق هذا الإطلاق إلا بعد تحققه وعلمه وشهرة هذا الأمر، ومِثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم) «المناقلة بالأوقاف» (ص٣٦).

وَجْه الاستدلال: أن هذا المسجد وقف، وظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جُعِل في قبلة المسجد الثاني، وحَوَّلوا المسجد الأول إلى سوق للتَّمَّارين، فإذا جاز تبديله بغير مقابل فجوازه بالبيع أَوْلَى (١).

٣- ما جاء عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أن رجلًا قال يوم الفتح: يا رسول الله، إني نذرت إنْ فَتَح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس! فقال: «صَلِّ هاهنا»، فسأله، فقال: «صَلِّ هاهنا»، فسأله، فقال: «شأنك إذن»(٢).

وَجْه الاستدلال: أنه لما أجاز النبيُّ ﷺ إبدال المنذور بما هو خير منه من جنسه، فكذلك يَجوز إبدال الوقف بما هو خير منه. والجامع أن كلًّا منهما أوجبه الشخص على نفسه (٣).

٤- القياس على الفرس الحبيس- الموقوف على الجهاد- فكما أنه يَجوز بيعه إجماعًا إذا أصبح في حال لا يَصلح معها للغزو. فكذلك يجوز بيع الوقف إذا كانت هناك مصلحة راجحة (٤).

---

(١) «المناقلة بالأوقاف» لابن قاضي الجبل (ص٣٨).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (٢٣/ ١٨٦) برقم (١٤٩١٩)، والدارمي في «سُننه»، كتاب النذور والأيمان، باب مَن نذر أن يصلي في بيت المقدس، أيجزئه أن يصلي بمكة؟ (٣/ ١٥٠٩) برقم (٢٣٨٤)، وأبو داود في «سُننه»، كتاب الأيمان والنذور، باب مَن نذر أن يصلي في بيت المقدس (٣/ ٢٣٦) برقم (٣٣٠٥).

ورواه الحاكم في «المستدرك»، كتاب النذور (٤/ ٣٣٨) برقم (٧٨٣٩) وقال:(هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه).

وصححه النووي في «المجموع» (٨/ ٤٧٣)، وابن دقيق العيد في «الاقتراح» (١/ ١١٢).

(٣) «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣١/ ٢٤٩).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٨).

أدلة القول الثاني:

١- عموم قول النبي ﷺ لعمر في وقفه: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» (١)، فمَنَع النبيُّ ﷺ عمرَ من بيع الوقف.

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

أولًا- أن مَنْع البيع هنا هو الأصل، ولكن لا يَمنع ذلك الخروج عنه لمقتضى آخَر، كوجود مصلحة راجحة، كما قد خرج الفرس الحبيس إجماعًا.

ثانيًا- أن النهي عن البيع في الحديث يمكن حمله على ما كان مبطلًا لأصل الوقف، من دون ما كان له بدل.

٢- أن عمر رضي الله عنه أهدى نجيبًا (٢) فأُعْطِيَ بها ثلاث مئة دينار، فأَتَى النبيَّ ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني أهديتُ نجيبًا فأُعطِيتُ بها ثلاث مئة دينار، أفأبيعها وأشتري بثمنها بُدْنًا؟ قال: «لا، انحرها إياها» (٣).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) **النجيب**: هو الفاضل من كل حيوان. «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٥/ ١٧) مادة (نجب).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب المناسك، باب تبديل الهَدْي (٢/ ١٤٦) برقم (١٧٥٦)، وابن خُزَيْمة في «صحيحه»، كتاب المناسك، باب استحباب المغالاة بثمن الهَدْي وكرائمه، إن كان شهم بن الجارود ممن يَجوز الاحتجاج بخبره (٤/ ٢٩٢) برقم (٢٩١١).

وأخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الحج، باب لا يُبَدِّل ما أوجبه من الهدايا بكلامه بخير ولا شر منه (٥/ ٣٩٦) برقم (١٠٢٤٤).

والحديث فيه علتان:

الأولى- أن فيه انقطاعًا، فقد ذَكَر البخاري أنه لا يُعْرَف لجَهْم سماع من سالم. «التاريخ الكبير» (٢/ ٢٣٠).

=

وَجْه الاستدلال: أن عمرَ أهدى نجيبًا، فأُعطِيَ مبلغًا من المال يَصلح أن يشتري به بُدْنًا أفضل مما أهداه، فنهاه النبي ﷺ عن بيعها واستبدالها بأفضل منها؛ فدل على عدم جواز تبديل ما وُقِف لله.

يجاب عن استدلالهم من وجوه:

أولًا- أن الحديث ضعيف لا يُحتجّ به، كما تَبَيَّنَ من التخريج.

ثانيًا- على تقدير صحة الحديث، فإننا لا نُسَلِّم أن البُدْن كانت أَنْفَس من النجيبة؛ ولهذا بُذِل فيها ثمن كثير، ونحن إنما نجيز التبديل إذا كان البدل أفضل من المبدل [(١)].

ثالثًا- أن المنع كان لمعنى في هذا الهَدْي، كما قال أبو داود عقب روايته للحديث: هذا لأنه كان أشعرها.

١- قياس الموقوف على الحُر الـمُعْتَق، فكما أنه لا يَقبل الرق بعد عتقه، فكذلك العين الموقوفة لا تَقبل المِلك بعد صحة الوقف، بجامع إخراج المِلك لله في كل [(٢)].

يجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الـمُعتَق خرج عن المالية بالإعتاق، بخلاف الوقف فلم يَخرج عن المالية [(٣)].

= والثانية- أن فيه راويًا مجهولًا، وهو الجَهْم، ويقال: شهم بن الجارود. «ميزان الاعتدال» للذهبي (١/ ٤٢٦)، وقد ذَكَرهما ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٨).

(١) «مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣١/ ٢٥١).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٥٢٣) .

(٣) انظر: «المناقلة بالأوقاف» لابن قاضي الجبل (ص٥٥).

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم.

ولأن الوقف ليس بالأمر التعبديّ الذي لا يُعقَل معناه حتى نقف عند ظاهر الحديث، ونُبقِي على العين ونتعلق بها! بل هو معقول المعنى يُبحَث فيه عن العلل والمقاصد، فقَصْد الواقف وغرضه من الوقف دوام انتفاع الموقوف عليه بالوقف، واستمرار الأجر والثواب له حتى يصح أن يُطْلَق عليه (صدقة جارية) وإبقاء الدُّور الموقوفة خربة والأراضي جدبًا لا يُنتفع بها- فيه تفويت لمَقصِد الواقف.

لكن مع القول بالجواز ينبغي أن يُحتاط بأن لا يَتخذ النُّظَّار الظَّلَمة وغيرهم- ذلك ذريعة للاستيلاء على الأوقاف.

وعليه؛ فيجب أن يكون قرار الإبدال ليس موكولًا إلى الناظر وحده، بل يحال إلى جماعة معه ويتحققوا من وجود الأفضلية في البدل، ثم يبادروا في المبادلة؛ لأن مِن حق الواقف ألا تنقطع منفعة وقفه ولو يسيرًا [1].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تعطل المنافع

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنفية في الأصح، وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة- إلى جواز بيع الوقف مطلقًا إذا تعطلت منافعه [2].

---

(١) انظر: «أحكام الوقف» للكبيسي (٢/ ٥٣).

(٢) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٨٤) وقَرَن الحنفية الجواز بإذن القاضي بذلك. و«الكافي» لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٩١)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٣١)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٥٧)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٨). =

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء في أثر عمر السابق، أنه نَقَل المسجد، وكان ذلك بمشهد من الصحابة، ولم يَظهر خلافه، فكان كالإجماع.

وإذا صح استبدال المسجد صح غيره، قياسًا عليه إن لم يكن من باب أَوْلَى.

٢- ولأن في بيع الوقف استبقاء له بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض.

ويَقرب هذا من الهَدْي إذا عَطِب في السفر، فإنه يُذْبَح في الحال ويُبَدَّل بهَدْي آخَر، وإن كان يختص بموضع، فلما تَعَذَّر تحصيل الغرض بالكلية، استُوفي منه ما أمكن، وتُرِك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية (١).

= واتفق المالكية والشافعية على عدم جواز ذلك في المسجد. وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وعليه الفتوى عندهم. وهو رواية عند الحنابلة.

ودليلهم ما سبق ذكره في أدلة المانعين. ولأن الواقف لا يَملك حق بيع المسجد بعد أن خرج الوقف عن مِلكه وأصبح مِلكًا لله تعالى.

وقد ذَكَر المَرْداوي أن الجواز في المسجد من مفردات المذهب.

انظر: «الإنصاف مع المُقنع والشرح الكبير» (١٦/ ٥٢٣).

وقَيَّد مذهب المالكية الجواز في المنقول من دون العَقَار؛ لأنه لا يُرجَى عَوْده بحال، بخلاف العَقَار فإن المنفعة لا تنعدم بالكلية، فيمكن إصلاحه، وذلك بإجارته سنين فيَعود كما كان. وإذا تعطلت منافع العَقَار في وقت، فقد تَعُود في وقت آخَر. أما إذا كان للمصلحة العامة كبيع عَقَار موقوف لتوسعة مسجد أو طريق أو مقبرة، فيجوز بيع العقار الموقوف. وتقييدهم لا وجه له.

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٨).

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة جواز بيع الوقف؛ للمصلحة الراجحة، وهو عامّ فيما تعطلت منفعته أو لم تتعطل؛ وعليه فإن الاستثناء داخل ضمنًا- على القول الراجح- ولا حاجة للاقتصار عليه.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وذلك لأن الوقف إذا تعطل نفعه فإن ذلك يخالف مقصوده وهو التأبيد، وبقاؤه فيه مصلحة للواقف وللموقوف عليه، فإذا تعطل ومنعنا بيعه، فهذا تفويت للانتفاع به بالكلية، بخلاف ما لو تم بيعه فإن في ذلك إبقاء لمعنى الوقف لتعذر صورته.

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وذلك بقياسهم الوقف المُتعطِّل على الهدي الذي أصابه عَطَب في الطريق، فيَجوز ذبحه وإبداله بهَدْي آخَر. فكذلك الوقف إذا تعطل، جاز أن يُبدَّل بعين أخرى، بجامع أن كلًّا منهما مختص بموضع، وأن بقاء عينه مُقدَّم على هلاكه لأجل اختصاصه بالمكان، فإن استبقاء ذات الشيء مُقدَّم على مراعاة المكان والزمان.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرورات تبيح المحظورات) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير)، والمراد بالضرورة هنا مراعاة قصد الوقف عن الضياع، واستبقاء منفعته ببيعه واستبداله (١).

---

(١) «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٢٢٣).

المطلب الرابع

استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم- من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم

اتفقت المذاهب الأربعة على وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم، إذا لم يُفضِّل الواقف أحدًا منهم. ولم أقف على مُخالِف لهم [(١)].

ودليلهم على ذلك: القياس على الإخوة لأم في قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ

(١) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٣/ ٢٢)، و«الإسعاف في أحكام الأوقاف» للطرابلسي (ص ١٠٠، ١١٣، ١١٧، ١٢٨)، ومخطوط «الإتحاف في أحكام الأوقاف» لمحمد البرديسي، لَوْحَيْ (١٣ و١٦).

والحنفية يُبْطِلون الوقف إذا كان على جماعة لا يحصرهم وصف الحاجة، كالأرامل واليتامى. فلا يجيزون الوقف على بني تميم وغيرهم ممن لا يُحْصَرون. انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٢٤٥).

وانظر بقية المذاهب في: «البيان والتحصيل» لابن رشد (١٢/ ٢٥٣)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٦٤٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٤٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٩٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٣٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٣٤، ٣٥٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٤٠).

وللشافعي قول كقول الحنفية السابق. وانظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٥١٣)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٤٢٣).

﴿فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [(١)] فإنه يجب التعميم والتسوية بينهم. ومِثله الوقف؛ لأن اللفظ يقتضي التسوية في كل، وقد أمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه [(٢)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم

يُستثنَى من القول السابق إذا كان الموقوف عليهم غير محصورين، كما لو وَقَف على المساكين، فإنه لا يجب التعميم والتساوي، ويَجوز التفضيل والاقتصار على بعضهم. وهذا باتفاق المذاهب الأربعة. ونَقَل المُوفَّق ابن قدامة الإجماع على ذلك [(٣)].

ودليلهم على ذلك ما يلي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾ [(٤)] فهي تدل على أن كل واجب عَجَز عنه العبد فإنه يَسقط عنه، وأنه إذا قَدَر على بعض المأمور وعَجَز عن بعضه، فإنه يأتي بما يَقدر عليه، ويَسقط عنه ما يَعجز عنه [(٥)].

ويدل على ذلك أيضًا: قول النبي ﷺ: «إذا أَمَرْتُكم بأمر، فَأْتُوا به

---

(١) سورة النساء: الآية (١٢).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٦/ ٥١٣).

(٣) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٣/ ٢٢)، و«الإسعاف في أحكام الأوقاف» للطرابلسي (ص١٤٣)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٦٤٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٤٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٩٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٣٢)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٣٥٧)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٠)، وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٤) سورة التغابن: الآية (١٦).

(٥) «تفسير السعدي» (١/ ٨٦٨).

ما استطعتم»(١).

٢- ولأن وقْفَه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يُرِدْه، ومَن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه (٢).

٣- ولأن مقصود الواقف عدم مجاوزة الجنس، وذلك حاصل بالدفع إلى بعضهم (٣).

وبِناء عليه: يتبين صحة الاستثناء، كيف لا وقد نَقَل الإجماع على ذلك موفق الدين ابن قدامة؟

سبب الاستثناء:

النص، وهو عموم قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾، وقول النبي ﷺ: «إذا أَمَرْتُكم بأمر، فَأْتُوا به ما استطعتم»، والأمر باستيعاب غير المحصورين هو تكليف بما لا يطاق وما ليس بمقدور المُكلَّف، ومِثله لا تأتي به الشريعة ولا تأمر به.

كما يمكن عَدُّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ما نقله مُوفَّق الدين ابن قدامة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) وذلك لأن

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسُّنة، باب الاقتداء بسُنن رسول الله ﷺ (٩/ ٩٤) برقم (٧٢٨٨). ومسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مَرَّة في العمر (٢/ ٩٧٥) برقم (١٣٣٧)، واللفظ للبخاري.

(٢) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٠).

(٣) انظر: «التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٦٤٣)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٩٠).

إلزام الناظر بالتعميم والتساوي بين الموقوف عليهم غير المحصورين- فيه مشقة عليه وتكليفه بما لا يطاق، فخُفِّف عليه في هذا الجانب مراعاة للمشقة التي تقع عليه[١].

(١) انظر: «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» (١/ ٢٤٥).

المبحث الرابع

المُستثنَيات في باب الهبة والعطية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: استثناء غير المكيل والموزون- من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض.

المطلب الثاني: استثناء العُمْرَى والرُّقْبَى- من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت.

المطلب الثالث: استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه- من عدم جواز التخصيص.

المطلب الرابع- استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته.

المطلب الخامس- استثناء ما تَعَذَّرَ علمه من عدم صحة هبة المجهول.

المطلب الأول

استثناء غير المكيل والموزون- من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض [(١)]

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر القبض في لزوم الهبة:

اختلَف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعي في الجديد، والحنابلة- إلى أن الهبة لا تَلزم إلا بالقبض، فهي تصح بالعقد وتَلزم بالقبض، ويحق للواهب الرجوع فيها ما لم يقبضها الموهوب له [(٢)].

---

(١) **الهبة في اللغة**: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. «لسان العرب» لابن منظور (١/ ٨٠٣) مادة (وهب).

الهبة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: تمليك العين في الحال من غير عِوض. «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١١٦).

وعَرَّفها المالكية والشافعية بأنها: تمليك بلا عِوَض. «مختصر خليل» (١/ ٢١٤)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٣٧٠). وعَرَّفها الحنابلة بأنها: تمليك في الحياة بغير عِوَض. «المغني» لابن قدامة (٦/ ٤١). ولعل أجمعها تعريف الحنابلة، وإن كانت متقاربة في الجملة. والهبة والهدية والعطية بمعنى واحد.

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٣٥)، و«نهاية المَطْلَب» للجُويني (٨/ ٤١٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٧٥)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ١٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠١).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن الهبة عقد جائز ابتداءً وانتهاءً، ويَجوز للواهب الرجوع في هبته، سواء قبل القبض أم بعده إلا بأسباب عارضة [١]، والقبض عندهم سبب لثبوت الهبة في مِلك الموهوب له فقط، ولا أثر له في لزوم الهبة [٢].

القول الثالث: ذهب المالكية، والشافعي في القديم- إلى أن الهبة عقد لازم بمجرد العقد، سواء أقَبَض الموهوب له أم لم يَقبض. بل إن المالكية قالوا: إن للموهوب له إجبار الواهب على تمكينه من القبض [٣].

أدلة القول الأول:

١- أن النبي ﷺ لَمَّا تزوج أم سلمة قال لها: «إني أَهْدَيْتُ إلى النجاشي [٤] أواقي [٥] من مِسك، وحُلَّةً، وإني لا أُرَاه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أُهدِيتْ إليه إلا ستُرَدّ، فإذا رُدّتْ إليَّ فهي لكِ » فكان كما قال، هَلَك النجاشي، فلما رُدَّتْ إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المِسك، وأعطى سائره أم سلمة وأعطاها الحُلَّة [٦].

---

(١) سيأتي بيان حكم الرجوع في الهبة في المَطْلَب الرابع من هذا المبحث.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٨٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٢٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٩٧)، و«العناية» للبابرتي (٩/ ١٩-٢١).

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٤)، و«شرح الخرشي» (٧/ ١٠٥)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٠١)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٧٥).

(٤) هو: أصحمة بن أَبَجَر النجاشي، مَلِك الحبشة، واسمه بالعربية عطيّة، والنجاشي لَقَبٌ له. أسلم على عهد النبي ﷺ، ولم يهاجر إليه، وكان رِدءًا للمسلمين نافعًا، وقصته مشهورة في المغازي في إحسانه إلى المسلمين الذين هاجروا إليه في صدر الإسلام. وصلى عليه النبي صلاة الغائب لَمَّا تُوفي. انظر: «الإصابة» لابن حجر (١/ ٣٤٧).

(٥) **الأوقية**: أربعون درهمًا. «طِلْبَة الطلبة» للنَّسَفي (١/ ٤٦) مادة (ءوق).

(٦) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢٥/ ٨١) برقم (٢٠٥)، والحاكم في «المستدرك»، كتاب النكاح (٢/ ٢٠٥) برقم (٢٧٦٦) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

وَجْه الاستدلال: أن الهبة لو كانت تَلزم بمجرد العقد، لدَفَع النبي ﷺ المِسكَ إلى ورثة النجاشي. ولكنه قسمه بين زوجاته، فدل ذلك على أنها لا تَلزم إلا بالقبض.

٢- ما يُرْوَى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تَجوز الهبة إلا مقبوضة» (١) أي: لا يَثبت حكمها إلا بالقبض (٢).

نوقش: بأن الحديث لا أصل له كما ذُكِر في تخريجه، فلا تقوم به حُجة.

٣- ما جاء أن أبا بكر كان نَحَل عائشة جُذاذ عشرين وَسْقًا (٣) من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: «والله يا بُنية، ما من الناس أَحَبّ إليَّ غِنًى بعدي منك، ولا أعز عليَّ فقرًا منكِ، وإني كنتُ نَحَلْتُكِ من مالي جُذاذ عشرين وَسْقًا، فلو كنتِ جذذتيه، واحتزتيه كان لكِ، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أخوكِ وأختاك، فاقسموه على كتاب الله ﷻ...» (٤).

---

(١) ذَكَره الزيلعي في «نَصْب الراية» وقال: (غريب) وهذا يعني أنه لا أصل له، وهو مصطلح له في «نَصْب الراية» (٤/ ١٢١). قال ابن حجر في «الدراية»: (لم أجده) (٢/ ١٨٣).

وقال عنه العينيّ في «البناية»: (هذا حديث منكر لا أصل له) (١٠/ ١٦١).

ونَسَبه الشافعي في «الأم» لإبراهيم النَّخَعي (٤/ ٦٥).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١١٥).

(٣) والجُذاذ: **قال الفيومي في «المصباح المنير»**: جذذت الشيء جَذًّا، من باب قَتَل: قَطَعْتُه، فهو مجذوذ، فانجذ، أي: انقطع. (١/ ٩٤) مادة (جذذ).

الوَسْق: سِتون صاعًا بصاع النبي ﷺ، والصاع خمسة أرطال وثلث. «تهذيب اللغة» للأزهري (٩/ ١٨٦) مادة (وسق).

(٤) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب الأقضية، ما لا يَجوز من النُّحْل (٤/ ١٠٨٩) برقم (٢٧٨٣)، والبيهقي في «السُّنن الصغرى»، كتاب البيوع، باب شرط القبض في الهبة (٢/ ٣٣٧) برقم (٢٢٣١).

وقال الألباني في «الإرواء»: إسناده صحيح على شرط الشيخين (٦/ ٦٢).

وهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة؛ إذ وَهَبها في صحته، ولم تقبضها حتى مَرِض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح [(١)].

نوقش: يحتمل أن هبة أبي بكر لم تَنفذ؛ لأنها لم تكن معينة، فهي من هبة المكيل قبل كيله، وهذا لا يصح إلا مقبوضًا. وإن أراد نخلًا يُجَذّ عشرين وَسْقًا، فهو أيضًا غير معين، فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه، فيكون معناه: وَعَدْتُكِ بالنِّحْلة [(٢)].

٤- ما جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: «ما بال رجال يَنْحَلون أبناءهم نِحَلًا، ثم يمسكونها؟ فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي، لم أعطه أحدًا! وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنتُ أعطيته إياه! مَنْ نَحَل نِـحْلة، فلم يُحِزْها الذي نَحَلها، حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل» [(٣)].

نوقش من وجهين:

أولًا- أن عُمَر لم يَمنع من انعقاد الهبة بالإيجاب والقَبول، ولكنه كان يَمنع من الاحتفاظ بالهبة إلى الموت، والانتفاع بها، واعتبار ذلك حيلة لمنع الورثة، وذلك ممنوع؛ لأن الله ﷻ فَرَض الفرائض لأهلها.

ثانيًا- أن أَثَرَيْ أبي بكر وعمر مُعارَضان بأقوال صحابة آخرين، كعليّ وابن مسعود وغيرهما رضي الله عنهم، وإذا وقع بينهم خلاف، لم يكن قول أحدهم حُجة بمفرده [(٤)].

---

(١) انظر: «جامع الأصول» لابن الأثير (٤/ ١٠٨).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ١٩).

(٣) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب الأقضية، ما لا يجوز من النُّحْل (٤/ ١٠٩٠) برقم (٢٧٨٤)، والبيهقي في «السُّنن الكبرى»، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة (٦/ ٢٨١) برقم (١١٩٤٩) وإسناده صحيح. «التحجيل» للطريفي (١/ ٢٦٠).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ١٨-٢٠). =

أدلة القول الثاني:

١- **قوله تعالى:** ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ (١).

وَجْه الدلالة: أن الهدية بالمال يُطْلَق عليها تحية، فجواز الرد فيها يُبَيِّن أنها عقد غير لازم ابتداءً وانتهاءً، سواء أكان قبل القبض أم بعد القبض (٢).

نوقش: بأن هذا دليل عامّ، يخصصه ما جاء في خبر هبة النبي ﷺ للنجاشي، وما ذُكِر في أدلة القول الأول.

وهذا التوجيه أَوْلَى؛ لأن فيه جمعًا بين الأدلة وعملًا بكلا الدليلين، ومعلوم أنه لا يصار إلى الترجيح مع إمكان الجَمْع.

٢- ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ منها» (٣) ....

= وقد روى ابن أبي شيبة في «المصنف» بسنده عن النَّضْر بن أنس، قال: نَحَلني أبي نصف داره، فقال أبو بُرْدة: إنْ سَرَّك أن تَحوز ذلك فاقبضه؛ فإن عمر بن الخطاب قضى في الأنحال أن ما قُبِض منه فهو جائز، وما لم يُقْبَض منه فهو ميراث. كتاب البيوع والأقضية، مَن قال: لا تَجوز الصدقة حتى تُقْبَض (٤/ ٢٨٠) برقم (٢٠١٣١). فكان أنس يرى أن الهبة نافذة ولو لم تُقْبَض؛ مما يدل على وجود الخلاف بين الصحابة.

(١) سورة النساء: الآية (٨٦).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٩٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الهبات، باب مَن وَهَب هبة رجاء ثوابها (٢/ ٧٩٨) برقم (٢٣٨٧). وأخرجه الدارقطني في «سُننه»، كتاب البيوع (٣/ ٤٦١) برقم (٢٩٧١).

ورواه من طريق آخَر عن ابن عمر برقم (٢٩٦٩) وقال: لا يَثبت هذا مرفوعًا، والصواب عن ابن عمر عن عمر موقوفًا. ورواه أيضًا من طريق ثالث عن الحسن عن سَمُرة، برقم (٢٩٧٣). ورواه من طريق رابع عن ابن عباس، برقم (٢٩٧٥). =

أي: ما لم يكن المقصود بالهبة المُعاوَضة عليها (١).

نوقش: بأن الحديث بكل طرقه لا يصح إلى النبي ﷺ كما تَبَيَّنَ في تخريجه، فلا يُحتجّ به.

أدلة القول الثالث:

١- **قوله تعالى:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ (٢).

وَجْه الاستدلال: أن (العقود) جَمْع يشمل كل عقد تم بين مُتعاقدَين، لا فرق بين عقد وآخَر، فإذا تم الإيجاب والقَبول في الهبة فقد تم العقد، وأَمَر الله بالوفاء به، ولا يَتوقف الأمر على قبض ونحوه (٣).

نوقش: بأن المراد بالآية لازم العقود، حتى البيع قبل لزومه لا يجب الوفاء به، فكذلك عَقْد الهبة لا يجب الوفاء به قبل لزومه، وهو لا يَلزم إلا إذا قُبِض، بدليل ما فهمه الصحابة رضي الله عنهم؛ لأنهم أقرب إلى فَهْم النصوص؛ لقربهم من التنزيل وأَخْذهم

= وقال ابن عبد الهادي بعد ما ساق هذه الأحاديث: ليس في هذه الأحاديث ما يصح. «تنقيح التحقيق» (٤/ ٢٢٧).

ورواه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة (٦/ ٣٠٠) برقم (١٢٠٢٤) من طريق إبراهيم بن إسماعيل، عن عمرو بن دينار، عن أبي هريرة. ثم قال: وإبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع.

وانظر: «بيان الوهم والإيهام» لابن القَطَّان (٥/ ٤٤١)، و«نَصْب الراية» للزيلعي (٤/ ١٢٥).

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٢٨)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣١/ ٢٨٣).

(٢) سورة المائدة: الآية (١).

(٣) انظر: «المُنتقَى شرح الموطأ» لأبي الوليد الباجي (٦/ ٩٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٥)، و«تفسير القرطبي» (٦/ ٣٢).

عن الرسول ﷺ (١).

٢- ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يَعُود في قيئه» (٢).

وَجْه الاستدلال: أن الحديث دالّ على تحريم الرجوع في الهبة، وهي تشمل المقبوضة وغيرها؛ لأن تسميتها هبة لا يَتوقف على قبضها، فدل على أن القبض غير معتبر في لزوم الهبة (٣).

نوقش: بأن الحديث وعيد على العائد في هبته، والعَوْد لا يَصدق إلا على ما خَرَج من يد الواهب ثم عاد إليه (٤).

٣- أن الهبة تمليك عين في حال الحياة، فوجب أن يَلزم بمجرد الإيجاب والقَبول كالبيع (٥).

---

(١) انظر: «إعلام الموقعين» (٣/ ٣٠٢)، و«المِلكية ونظرية العقد» لمحمد أبي زَهْرة (ص٢٦١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفَضْلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها (٣/ ١٥٨) برقم (٢٥٨٩). ومسلم، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، إلا ما وهبه لولده وإن سَفُل (٣/ ١٢٤١) برقم (١٦٢٢).

(٣) انظر: «الاستذكار» لابن عبد البر (٧/ ٢٣٧)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١١٢). وانظر أيضًا: «شرح ابن بطال على صحيح البخاري» (٧/ ١٣٩).

(٤) انظر: «شرح ابن بَطَّال على صحيح البخاري» (٥/ ٢٩٢)، و«شرح النووي على مسلم» (١١/ ٦٤).

(٥) انظر: «المنتقى شرح الموطأ» لأبي الوليد الباجي (٦/ ٩٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٤).

نوقش: بأنه قياس مع الفارق لسببين:

أولًا- أن القبض في البيع أثر من آثار العقد، وليس شرطًا للزوم البيع ولا لإتمامه، فخالف الهبة.

ثانيًا- أن البيع من عقود المُعاوَضات، والهبة من عقود التبرع.

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قوي، وتتجاذبها أدلة كل فريق، ولكني أميل إلى القول الأول؛ لوجاهة أدلتهم في الجملة، ولكونه وسطًا بين الأقوال، فلم يجعلوا العقد جائزًا مطلقًا كالقول الثاني، ولم يجعلوه لازمًا مطلقًا بمجرد العقد كالقول الثالث، ففيه فسحة للواهب للتروي، وعقود التبرعات الأمر فيها واسع فلا ينبغي التشديد فيها.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء غير المكيل والموزون: يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنابلة في رواية إلى استثناء غير المكيل والموزون، وما يقاس عليهما كالمعدود والمذروع، فتَلزم الهبة فيما عداها بمجرد العقد[1].

ودليلهم على ذلك:

١- القياس على البيع؛ لأن الهبة أحد نوعَي التمليك، فكان منها ما لا يَلزم

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٧/ ١٨)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠١).

قبل القبض، ومنها ما يَلزم قبله كالبيع، فإن منه ما لا يَلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يَلزم قبله وهو ما عدا ذلك [(١)].

وسبق الجواب عنه في أدلة القول الثالث في المسألة السابقة.

٢- ما جاء في خبر نِحلة أبي بكر الصِّديق لعائشة- السابق- إذ نَحَلها جُذاذ عشرين وَسْقًا. ففيه أن هبة المكيل والموزون لا تَلزم إلا بالقبض؛ لأن أبا بكر رجع عن هبته في آخِر حياته. ولو لَزِمَتْ بمجرد العقد لما جاز له الرجوع، وما عدا المكيل والموزون فيَلزم بمجرد العقد.

نوقش: بأن غاية ما في الخبر أن هبة المكيل والموزون تَلزم بالقبض، ولا يَنفي ذلك ما عداهما. ولا يَمنع أن يكون ثبوت لزوم الهبة بالقبض فيما عدا المكيل والموزون- ثابتًا بأدلة أخرى، كما سبق في أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة أن الهبة لا تَلزم إلا بالقبض مطلقًا؛ وبِناء عليه فلا يصح هذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم الهبة على البيع، فإن منه ما لا يَلزم إلا بقبض، وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يَلزم قبله.

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٤).

المطلب الثاني

استثناء العُمْرَى والرُّقْبَى- من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تعليق الهبة بالشرط والوقت:

تعليق الهبة بالشرط كقول الواهب: (إذا قَدِم فلان، فقد وَهَبْتُك كذا وكذا)، وتعليقها بالوقت كقوله: (وَهَبْتُك داري شهرًا).

وقد اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- ذهب المالكية إلى جواز تعليق الهبة، ووافقهم شيخ الإسلام ابن تيمية[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة- إلى عدم جواز تعليق الهبة[2].

أدلة القول الأول:

١- أن النبي ﷺ لما تَزوج أم سلمة، قال لها: «إني أَهْدَيْتُ إلى النجاشي أواقي

(١) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٦/ ٢٦٥)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المَقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٤٤).

وقد سبقت ترجمة شيخ الإسلام ابن تيمية.

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١١٨)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦١)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٤٤) .

من مِسك، وحُلَّة، وإني لا أُرَاه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أُهْدِيَتْ إليه إلا ستُرَدّ، فإذا رُدت إليَّ فهي لكِ» فكان كما قال، هَلَك النجاشي، فلما رُدَّتْ إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المِسك، وأعطى سائره أم سلمة وأعطاها الحُلَّة [1].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ عَلَّق الهبة على رجوعها.

كما يُستدَل لهذا القول بالأدلة الذي سبق ذكرها في صحة البيع المُعَلَّق على شرط؛ لأن الهبة تمليك عين كالبيع [2].

أدلة القول الثاني:

سبق ذكرها في مسألة حُكْم البيع المُعَلَّق على شرط. وتمت مناقشتها [3].

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ القول بصحة تعليق البيع على شرط، ومِثل ذلك الهبة؛ لقوة أدلتهم، ولموافقته الأصل العامّ في الشروط وهو الصحة والجواز، ما لم يَمنع من ذلك مانع.

***

(١) سبق تخريجه، كما سبقت ترجمة النجاشي في الموضع نفسه.

(٢) انظر: (ص ؟؟؟؟).

(٣) انظر: (ص ؟؟؟؟).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء العُمْرَى والرُّقْبَى:

أولًا- التحقيق في استثناء العُمْرَى [(١)]:

ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية، والشافعي في الجديد، والحنابلة- إلى جواز العُمْرَى، على خلاف بينهم هل هي تمليك للرقبة والعين؟ أم تمليك للمنفعة فقط؟ وهل تَعُود لمن أعمرها بعد وفاة الـمُعْمَر له أو تَئول لورثته؟

وقولهم هذا مُستثنًى من قولهم السابق في منع تعليق البيع بالشرط [(٢)].

ودليلهم عليه:

١- ما جاء عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى النبي ﷺ بالعُمْرَى، أنها لمن وُهِبَتْ له» [(٣)].

---

(١) **العُمْرَى في اللغة:**

قال ابن منظور: والعُمْرى: ما تَجعله للرجل طول عمرك أو عمره. «لسان العرب» (٤/ ٦٠٣) مادة (عمر). ولا يختلف التعريف الاصطلاحي عن التعريف اللُّغَوي، وسُمِّيَتْ (عُمْرى) لتقييدها بالعمر. انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١١٦)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٦)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٠)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٦٨).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٩٦)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١١٦)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٩٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٦)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٦١)، و«منح الجليل» لمحمد عليش (٨/ ٢٠١)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٣٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٦٦)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٣٩٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦١)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٦٨)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠٧). وهو استثناء باعتبار قول الحنفية والشافعي في الجديد والحنابلة. أما المالكية فلا إشكال عندهم؛ لأنهم يجيزون الهبة المعلقة، ومن ذلك العُمْرَى.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفَضْلها والتحريض عليها، باب ما قيل في العُمْرَى والرُّقْبَى (٣/ ١٦٥) برقم (٢٦٢٥). =

٢- ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ قال: «العُمْرَى جائزة»[(١)].

وهذان نصان صريحان يدلان على الجواز.

ثانيًا- التحقيق في استثناء الرُّقْبَى[(٢)]:

ذهب أبو يوسف من الحنفية، والشافعي في الجديد، والحنابلة- إلى أن الرُّقْبَى للدار أو الأرض صحيحة[(٣)] وهي نوع من أنواع الهبة مستثناة من عدم جواز التعليق.

= ومسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٦) برقم (١٦٢٥). واللفظ للبخاري.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفَضْلها والتحريض عليها، باب ما قيل في العُمْرَى والرُّقْبَى (٣/ ١٦٥) برقم (٢٦٢٦).

ومسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٧) برقم (١٦٢٥).

(٢) **الرُّقْبَى في اللغة: قال ابن منظور**: الرُّقْبَى من المراقبة؛ لأن كل واحد منهما يَرقب موت صاحبه. «لسان العرب» (١/ ٤٢٦) مادة (رقب).

وفي اصطلاح الفقهاء: أن يقول: أَرْقَبْتُك هذه الدار، أو: هي لك حياتك، على أنك إن مِتَّ قبلي عادت إليَّ، وإن مِتُّ قبلك فهي لك ولعقبك. فكأنه يقول هي لآخِرنا موتًا. ولذلك سُمِّيَتْ (رُقْبَى) لأن كل واحد منهما يَرقب موت صاحبه.

انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٨٩)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ٢٤٥)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٣٩)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٤٧) .

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٦/ ١١٧)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٠)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦١)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٤١٠)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٦٨).

ودليلهم على ذلك: ما جاء عن جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «العُمْرَى جائزة لأهلها، والرُّقْبَى جائزة لأهلها»(١).

الراجح:

بِناءً على ما رَجَّحْتُه سابقًا من جواز تعليق البيع على شرط، فإنه يَجوز ذلك في الهبة من دون تقييد في العُمْرَى والرُّقْبَى، ولا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في حديثَي جابر وحديث أبي هريرة، اللذين استَدل بهما القائلون بالاستثناء.

---

(١) أخرجه أبو داود في «سُننه»، كتاب البيوع، باب في الرُّقْبَى «٣/ ٢٩٥» برقم (٣٥٥٨).

والترمذي في «سُننه»، أبواب الأحكام، باب ما جاء في الرُّقْبَى (٣/ ٦٢٥) برقم (١٣٥١) وقال: (هذا حديث حسن... والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم).

المطلب الثالث

استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه- من عدم جواز التخصيص

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تخصيص بعض الولد بالهبة:

اختَلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- ذهب الحنابلة إلى عدم جواز تخصيص بعض الولد بالهبة، وتَبطل الهبة مع عدم المساواة. وهو من مفردات الحنابلة. وقال به طاوس، وشيخ الإسلام ابن تيمية [1].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية- إلى جواز تخصيص بعض الولد بالهبة، وتصح الهبة مع الكراهة [2].

---

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥١)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٣١/ ٢٧٧، و٢٩٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠٩)، و«المِنح الشافيات» له أيضًا (٢/ ٥٢٠). وسبقت ترجمة طاوس وابن تيمية.

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٢٧)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٧/ ٢٨٨)، و«الكافي» لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٢)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦٦).

والمالكية يَمنعون التخصيص في حالة واحدة، وهي أن يَخُص الوالد بعض أولاده بجميع ماله.

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن النعمان بن بشير [١]، أن أباه أَتَى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نَحَلْتُ ابني هذا غلامًا. فقال: «أَكُلَّ ولدك نَحْلَتَ مثله؟» قال: لا. قال: «فأَرْجِعه» وفي رواية: «فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم» وفي رواية: «لا تُشْهِدني على جَوْر» [٢] وفي رواية: «فاردده» [٣] و«فأَشْهِد على هذا غيري»، و«قَارِبوا بين أولادكم»، و«فإني لا أشهد إلا على حق» [٤].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ سَمَّاه جَوْرًا وهو مُحَرَّم شرعًا، وأَمَر بِرَدِّه، والأمر

---

(١) هو النعمان بن بَشير بن سعد بن ثعلبة، الخزرجي الأنصاري، يُكنى بأبي عبد الله.

أمير، خطيب، شاعر، له ولأبويه صحبة، وُلِد في السَّنة الثانية للهجرة، وهو أول مولود في الأنصار بعد الهجرة.

استعمله معاوية على الكوفة، ثم نَقَله إلى إمرة حمص، وظل عليها إلى أن مات معاوية بن يزيد، فدعا الناس إلى بيعة عبد الله بن الزبير بالشام، فخالفه أهل حمص، فخرج منها فتبعوه وقتلوه، وذلك بعد وقعة مَرْج راهط، سنة أربع وستين في ذي الحجة.

انظر: «أُسْد الغابة» لابن الأثير (٤/ ٥٥٠)، و«الإصابة» لابن حجر (٦/ ٣٤٦).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفَضْلها والتحريض عليها (٣/ ١٥٧) برقم (٢٥٨٦) و(٣/ ١٥٨) برقم (٢٥٨٧).

ولفظ «لا تُشْهِدني على جَوْر» رواه البخاري في كتاب الشهادات، باب لا يَشهد على شهادة جَوْر إذا أُشهِد (٣/ ١٧١) برقم (٢٦٥٠).

(٣) «صحيح مسلم»، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٢) برقم (١٦٢٣) وقد رواه أيضًا بالألفاظ الثلاثة نفسها التي رواها البخاري (٣/ ١٢٤١) برقم (١٦٢٣) و(٣/ ١٢٤٢) برقم (١٦٢٣) و(٣/ ١٢٤٣) برقم (١٦٢٣).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٣) برقم (١٦٣٢) و (٣/ ١٢٤٤) برقم (١٦٢٣) و(٣/ ١٢٤٤) برقم (١٦٢٤).

يقتضي الوجوب، وهذا دليل على بطلانها [١].

٢- ولأن تفضيل بعضهم يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، فمُنِع منه، كتزوج المرأة على عمتها أو خالتها [٢].

أدلة القول الثاني:

١- استدلوا بحديث النعمان بن بشير السابق، إذ ورد في بعض رواياته: «فأَشْهِد على هذا غيري».

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أَمَره بتأكيدها من دون الرجوع عنها، ولو كانت محرمة لَمَنَع من ذلك ولم يَكتفِ بالتنزه عن الشهادة [٣].

وإنما امتَنَع النبي ﷺ عن الإشهاد لكونه الإمام، وكأنه قال: (لا أَشْهَد) لأن الإمام ليس من شأنه أن يَشهد، وإنما من شأنه أن يَحكم [٤].

نوقش من وجهين:

أولًا- أن قول النبي ﷺ: «فأَشْهِد على هذا غيري» ليس بأمر؛ لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف في كراهة هذا، وكيف يَجوز أن يأمره بتأكيده، مع أمره برَدّه، وتسميته إياه جَوْرًا؟! وحَمْل الحديث على هذا حَمْل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد، ولو أَمَر النبيُّ ﷺ بإشهاد غيره، لامتثل بَشير أمره، ولم يَرِد [٥].

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٦٥)، و«المِنح الشافيات» للبُهُوتي (٢/ ٥٢٣-٥٢٤).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٢).

(٣) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦٦).

(٤) «فتح الباري» لابن حجر(٥/ ٢١٤).

(٥) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٢).

وإنما هذا تهديد وتوبيخ له على هذا، بدلالة ألفاظ الحديث، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه [(١)] فهو كقوله تعالى: ﴿فَٱعۡبُدُواْ مَا شِئۡتُم﴾ [(٢)]، أي أن إشهاد الغير عليه تشنيع ورَفْض لعدم العدل [(٣)]، وكقوله لعائشة: «اشترطي لهم الولاء» [(٤)].

ثانيًا- أنه لا يَلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يَشهد، أن يَمتنع مِن تَحَمُّل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه [(٥)].

٢- أنه قد وقع من بعض الصحابة تفضيل بعض أولادهم بالهبة!

فنَحَل أبو بكر ابنته عائشة من دون سائر ولده. وفَضَّل عمر ابنه عاصمًا. وفَضَّل عبد الله بن عمر بعض ولده على بعض. وفَضَّل عبد الرحمن بن عوف ولد أم كلثوم. ولو كان التفضيل غير جائز لَمَّا وقع منهم ذلك [(٦)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا- أن أقوال الصحابة لا تُعارِض قول النبي ﷺ، ولا يُحتجّ بها معه.

ثانيًا- أنه يحتمل أن التفضيل كان للحاجة، أو أنهم نَحَلوا جميع أولادهم معهم، أو أن إخوتهم كانوا راضين بذلك. ويتعين حَمْل حديثه على أحد هذه الوجوه؛ لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه، وأقل أحواله الكراهة.

---

(١) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٢١٤). (٢) سورة الزمر: الآية (١٥).

(٣) «شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٤٣٧).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشتَرط شروطًا في البيع لا تَحِل (٣/ ٧٣) برقم (٢١٦٨). ومسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أَعْتَق (٢/ ١١٤٢) برقم (١٥٠٤).

(٥) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٢١٤).

(٦) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٤)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦٦)، و«نَيْل الأوطار» للشوكاني (٦/ ١٢).

والظاهر من حال أبي بكر وحال أصحاب النبي ﷺ جميعًا- اجتناب المكروهات، بل إنهم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القُبَل [(١)].

٣- أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز أن يُخْرِج جميع ولده عن ماله، جاز له أن يُخْرِج عن ذلك بعضهم [(٢)].

يجاب عنه: بأن هذا قياس في مقابلة النص، فلا عبرة به [(٣)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين.

ولأن في تفضيل بعض الأولاد على بعض مفاسد تخالف مقصود الشريعة، وبثًّا للعداوة والقطيعة بينهم.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس لِلَفْظ النهي الوارد، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر التحريم، كما يقتضي الأمر الوجوب.

فمَن ذهب إلى الجَمْع بين السماع والقياس، حَمَل الحديث على الندب.

ومَن أَخَذ بظاهر النص، حَمَل الحديث على الوجوب [(٤)].

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٢).

(٢) «التمهيد» لابن عبد البر (٧/ ٢٣٠)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٣).

(٣) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٢١٥).

(٤) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٣) بتصرف.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ اسْتَثْنَوْا ما إذا كان للتخصيص معنًى يقتضيه، كأن يكون في الولد حاجة أو زَمَانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم. أو كان الحرمان من العطية لبعض ولده لفسقه أو بدعته. فأجازوا التفضيل في هذه الحالة.

وهو رواية عن الإمام أحمد، اختارها المُوَفَّق ابن قدامة وابن تيمية... وغيرهما[١]، وتَزول الكراهة في هذه الحالة عند جماهير العلماء[٢].

ودليلهم على ذلك:

١- أنهم حَمَلوا نِحلة أبي بكر لابنته عائشة على هذا المعنى، فخصها بعطيته لحاجتها وعَجْزها عن الكسب والتسبب فيه، مع اختصاصها بفضلها، وكَوْنها أم المؤمنين وزوج رسول الله ﷺ... وغير ذلك من فضائلها.

نوقش: بأن الأدلة عامة ولم تُقيَّد بهذا القيد، والنبي ﷺ لم يَستفصل بَشيرًا في عطيته.

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٣)، و«مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٢٥٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣١١). وقد سبقت ترجمة المُوَفَّق ابن قدامة.

(٢) وهم الحنفية والمالكية والشافعية؛ إذ سبق أنهم يرون صحة التفضيل في الهبة بين الأولاد مع الكراهة. وتزول الكراهة عندهم إذا كان التخصيص لمعنًى يقتضيه.

انظر: «مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٣٥٨)، و«البيان والتحصيل» لابن رشد (١٣/ ٤٠٠)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٦٧).

الجواب عنه: أن حديث بَشير قضية في عين لا عموم لها. وتَرْك النبي ﷺ الاستفصال يَجوز أن يكون لِعِلْمه بالحال.

فإن قيل: لو عَلِم بالحال لَمَّا قال: «ألك ولدٌ غيره؟».

قلنا: يحتمل أن يكون السؤال هاهنا لبيان العلة، كما قال ﷺ للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أيَنقص الرطب إذا يبس؟» قال: نعم. قال: «فلا إذًا» [(١)]. وقد عَلِم أن الرطب يَنقص، لكن نَبَّه السائلَ بهذا على علة المنع من البيع. كذا هاهنا.

٢- القياس على الوقف، فكما يَجوز تفضيل بعض الولد بالوقف عليه لحاجته، فكذلك في الهبة، بجامع الحاجة في كل [(٢)].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن سبب التخصيص إن كان لمزية الـمُخَصَّص وفضله فهو تحفيز له ولغيره بأن يحذو حذوه. وإن كان سبب التخصيص لنقص في المحروم كفسق وابتداع، فإن في ذلك ردعًا له. وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [(٣)]. وفي كل الأحوال، فإن تقدير المصلحة متروك للأب، وهو أَخْبَرُ بحال أولاده.

سبب الاستثناء:

القياس، إذ قاسوا تخصيص بعض الولد بالهبة على حكم الوقف على بعض الولد إذا كان لحاجة، بجامع الحاجة في كل.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٢-٥٣).

(٣) سورة المائدة: الآية (٢).

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء:

فإذا كان سبب التخصيص لفضل الولد الـمُخصَّص كبِرِّه بوالده أو انشغاله بطلب العلم عن طلب الرزق، فإن تخصيصه بالهبة تحفيز له ولغيره. ولا شك أن في هذا مصلحة وتشجيعًا على عبادة عظيمة.

وفي المقابل: إذا كان سبب التخصيص لنقص في المحروم، كفسق وغيره، فإن في حرمانه ردعًا له.

وفي كلا الأمرين مصلحة تقديرية للوالد.

المطلب الرابع

استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رجوع الواهب في هبته:

الخلاف في هذه المسألة مبنيّ على الخلاف في مسألة لزوم الهبة التي سبق الكلام عنها:

فمَن قال بلزومها، مَنَع من الرجوع فيها. وهم جماهير العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة، على خلاف بينهم: هل تَلزم بالعقد أم بالقبض؟ [(١)].

ومَن قال بعدم لزومها، أجاز الرجوع فيها. وهم الحنفية [(٢)].

***

(١) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٤)، و«شرح الخرشي» (٧/ ١٠٥)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٠١)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٣٥)، و«نهاية المطلب» للجُويني (٨/ ٤١٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٧٥)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٧/ ١٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠١).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٨٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٢٨)، و«تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي» (٥/ ٩٧)، و«العناية» للبابرتي (٩/ ١٩-٢١).

وانظر: المطلب الأول من هذا المبحث في أثر القبض في لزوم الهبة.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأب

يَرِد هذا الاستثناء على القولين السابقين جميعًا، فأجاز الجمهور للأب الرجوع بشرط بقاء الهبة في مِلك الموهوب له على حالها. ومَنَع الحنفية الأبَ من الرجوع في هبته. وهو رواية عن الإمام أحمد (١).

ودليل القولين على النحو الآتي:

أدلة الجمهور:

١- ما جاء عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما، رفعاه إلى النبي ﷺ قال: «لا يَحِلّ للرجل أن يعطي العطية فيَرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعْطِي ولده. ومَثَل الرجل يعطي العطية ثم يَرجع فيها- كمَثَل الكلب، أَكَل حتى إذا شَبِع قاء ثم رجع في قيئه» (٢).

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

وانظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٨٤).

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة (٣/ ٢٩١) برقم (٣٥٣٩).

والترمذي، أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (٤/ ٤٤٢) برقم (٢١٣٢) وقال: حديث حسن صحيح.

والنَّسائي، كتاب الهبة، ذِكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته (٦/ ٢٦٨) برقم (٣٧٠٤).

وابن ماجه، كتاب الهبات، باب مَن أَعْطَى ولده ثم رجع فيه (٢/ ٧٩٥) برقم (٢٣٧٧).

والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع (٢/ ٥٣) برقم (٢٢٩٨) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد؛ فإني لا أعلم خلافًا في عدالة عمرو بن شُعَيْب، إنما اختلفوا في سماع أبيه من جَدّه.

وقال الدارقطني في «العلل» (١٢/ ٤٤١): =

وَجه الدلالة: أن الحديث ظاهر في استثناء الولد، وشَنَّع في الرجوع فيما عداه وشَبَّهه بالكلب يقيء ثم يَعُود في قيئه (١).

٢- أن النبي ﷺ أَمَر بشيرًا أن يَرُد هبته من ولده النعمان، وقد امتثل بَشيرٌ ذلك فرجع، وأقل أحوال الأمر الجواز.

فإن قيل: يُحْمَل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئًا.

قلنا: هذا يخالف ظاهر الحديث؛ لقوله: «تَصَدَّقَ أبي عليَّ بصدقة». وقول بَشير: «إني نَحَلْتُ ابني غلامًا» يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ: «فاردده» فهذه الروايات تَرُدّ الاحتمال الذي أوردوه (٢).

٣- ما جاء عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ أَطْيَب ما أَكَل الرجل من كسبه، ووَلَدُه من كسبه» (٣).

والمراد: أن مال الأب والابن واحد، فكأن الأب برجوعه في الهبة نَقَل ماله من مكان إلى مكان آخَر؛ لأنه وَهَب كسبه لكسب غير معتاض عنه، فجاز له الرجوع فيه كما لو وَهَب لعبده (٤).

= (يرويه عمرو بن شُعَيب، واختُلِف عنه: فرواه حسين المُعَلِّم، عن عمرو بن شُعَيب، عن طاوس، عن ابن عمر وابن عباس. ورواه عامر الأحول، عن عمرو بن شُعَيب، عن أبيه، عن جَده. ولعل الإسنادين محفوظان.

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٥٥)، و«تحفة الأحوذي» للمباركفوري (٦/ ٢٧٧).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٨٥). وقد سبق تخريج الحديث.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده (٣/ ٢٨٨) برقم (٣٥٢٨). والنَّسائي، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب (٧/ ٢٤١) برقم (٤٤٥١). وصححه الحاكم في «المستدرك» في كتاب البيوع (٢/ ٥٣) برقم (٢٢٩٥). وصححه ابن المُلقِّن في «البدر المنير» (٨/ ٣٠٨).

(٤) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٦)، و«عون المعبود للعظيم آبادي، مع حاشية ابن القيم» (٩/ ٣٢٤) بتصرف.

٤- ولأن ما للولد فهو في يد والده؛ لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيرًا، وأَخْذ النفقة منه إذا كان كبيرًا، فصارت هبة له وإن خرجت عن يده في حُكْم ما وهبه وهو باقٍ في يده.

فإذا جاز أن يَرجع فيما وهبه لغيره إذا لم يقبضه لبقائه في يده، جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه؛ لأنه في حُكْم الباقي في يده.

٥- ولأن الأب لفضل حُنُوِّه تُباين أحكامه أحكام غيره، فلا يعاديه ولا تُقبَل شهادته له، ويَجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج، وفي ماله بالعقود؛ لفَضْل الحنو وانتفاء التهم، فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة؛ لأن انتفاء التهمة يدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها (١).

أدلة الحنفية ومَن وافقهم:

١- ما جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «مَن وَهَب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة، فإنه لا يَرجع فيها. ومَن وَهَب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته، يَرجع فيها إذا لم يَرْضَ منها» (٢).

وَجْه الاستدلال: أن عمر فَرَّق بين الهبات والصدقات، فجَعَل الصدقات لا يرجع فيها، وجَعَل الهبات على ضربين: فضَرْب منها صلة الأرحام، فرَدَّ ذلك إلى حُكْم الصدقات ومَنَع الواهب من الرجوع فيها. وضَرْب منها خلاف ذلك، فجَعَل للواهب أن يَرجع فيه ما لم يَرْضَ منه، وهي الهبة التي أراد بها الثواب، فلها حُكْم البيع (٣).

---

(١) «الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٤٦).

(٢) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة (٤/ ١٠٩١) برقم (٢٧٩٠). وصححه البيهقي في «معرفة السُّنن والآثار»، كتاب الصلح، مَن قال: له الرجوع إذا أراد بها الثواب (٩/ ٦٩) برقم (١٢٣٨١).

(٣) انظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي (٤/ ٨١).

يجاب عنه من وجهين:

أولًا- أن قول عمر لا يُعارِض قول النبي ﷺ، ولا يُحتجّ به معه.

ثانيًا-أن النبي ﷺ خَصَّص هبة الولد من عموم النهي عن الرجوع في الهبة. ولا يَمنع أن يُحْمَل الخاص الذي في الحديث على العامّ الذي استدلوا به (١) وهو أَوْلَى .

٢- ولأن المقصود من الهبة لذي رحم هو صلة الرحم، وهو في معنى الهبة بعِوَض، لا يَجوز الرجوع فيه؛ لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان أقوى من المال، فبحصول مقصود الهبة يُمنَع الرجوع فيها. ويتأكد ذلك في الابن؛ لأنه أقوى من القرابة المتأبدة بالمَحْرَمية (٢).

الجواب عنه: أن استدلالهم منقوض بالهبة للأجنبي إذا لم تكن للثواب- العِوَض- فإنهم يجيزون الرجوع فيها مع حصول المقصود.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء بِناءً على قول الجمهور، وهو جواز الرجوع في الهبة للولد، بشرط بقاء الهبة في مِلك الموهوب له على حالها؛ وذلك لقوة أدلتهم.

ولأن الرجوع في هبة الولد قد يكون مقصودًا لغيره، وهو تحقيق التسوية الواجبة عند عدم وجود الداعي للتخصيص، فيَرجع الوالد في هبته ويَمنع الجميع.

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٨٦) .

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسيّ (١٢/ ٤٩)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٣٢-١٣٣)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٧/ ٢٩٤).

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في مجموع النصوص التي استَدل بها الجمهور على جواز الرجوع في هبة الوالد لولده من دون غيره.

تتمة:

سَبَق أن ذكرنا أن الحنفية يرون أن الهبة عقد جائز، يَجوز الرجوع فيه عدا ما ذكرنا في هبة الأب، واسْتَثْنَوْا أيضًا مسائل عِدَّة يُمنع الرجوع بالهبة فيها من قولهم السابق، وهو مجموعة في قولهم: (دمْع خزقه).

وبيان ذلك إجمالًا:

(الدال) رَمْز للزيادة المتصلة في نفس العين. كأن يكون الموهوب دارًا، فبنى الموهوب له فيها بِناءً. أو كان أرضًا فغَرَس فيها أشجارًا، أو طرأ سِمَن وجَمَال. فلا يصح الرجوع؛ لأن الموهوب اختَلط بغيره، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب؛ لأنه ليس بموهوب، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل من دون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلًا.

والضابط في الزيادة عندهم: أن تُضِيف للعين قيمة عند البيع، فما يُضِيف قيمة فهو زيادة تَمنع الرجوع، وما لا فلا.

و(الميم) لموت أحد الطرفين، فإذا مات الموهوب له امتَنَع الرجوع؛ لأن المِلك انتقل إلى ورثته، فصار كما إذا انتَقَل في حياته. وكذا إذا مات الواهب؛ لأن المِلك يَنتقل إلى وارثه، وهو أجنبي، لم تَحدث منه الهبة.

و(العين) للعِوَض: فإذا أَخَذ عليها العِوَض فلا رجوع؛ لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العِوَض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيُمنَع الرجوع؛ لأنه لا رجوع في المُعاوَضات إلا بالتراضي أو القضاء.

كما أنهم يَجعلون الصدقة في معنى العِوَض، يُمنَع الرجوع فيها لحصول الثواب الذي هو في معنى العِوَض بوعد الله تعالى. ويُستدَل لهم بـأثر عمر السابق.

و(الخاء) **لخروج الموهوب عن مِلك الموهوب له**، كأن يبيعها أو يهبها؛ لأن تَبَدُّل المِلك كتَبَدُّل العين، فصار كعين أخرى فلا يَرجع فيها.

و(الزاي) **للزوجية**، وهي في معنى العِوَض عندهم؛ لأن المقصود فيها الصلة- أي: الإحسان- كما في القرابة.

و(القاف) **للقرابة**، وهي أيضًا في معنى العِوَض عندهم، ويُستدَل لهم أيضًا بأثر عمر السابق.

و(الهاء) **لهلاك العين الموهوبة**، فإذا هَلَكَتْ فلا يمكن ارتجاعها ولا ارتجاع قيمتها؛ لأن الموهوب العين لا القيمة [(١)].

وقد سَبَق أن رَجَّحْتُ أن الهبة تَلزم بالقبض ولا يَجوز الرجوع فيها، إلا فيما ذَكَرْنا في هبة الأب لابنه؛ وبِناء عليه فلا حاجة لاستثناءات الحنفية؛ لأنها داخلة ضمنًا، على القول الراجح من غير حصر فيها.

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٥٦-٦٤)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٢٨-١٣٣)، و«تبيين الحقائق للزيلعي، مع حاشية الشلبي» (٥/ ٩٧-١٠٢)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٧/ ٢٩١-٢٩٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٩-٧٠٤).

المطلب الخامس

استثناء ما تَعَذَّر علمه من عدم صحة هبة المجهول

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم هبة المجهول

صورة المسألة: إذا قال الواهب للموهوب له: (ما وَرِثتُ من مال والدي، فهو لك) وهو غير معلوم. أو كقوله: (ما أَخَذْتَ من مالي، فهو لك)، أو (مَن وَجَد شيئًا من مالي فهو له) فهل تصح هذه الهبة أو لا؟ **خلاف على قولين:**

القول الأول- ذهب المالكية إلى صحة هبة المجهول. ووافقهم شيخ الإسلام ابن تيمية [١].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة- إلى عدم صحة هبة المجهول [٢].

---

(١) انظر: «الكافي» لابن عبد البر (٢/ ١٠٠١)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١١٤)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/ ٢٤٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٥١)، و«مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٢٧٠). وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٧٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٢)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٣٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٣٧٣)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٨١)، و«إعانة الطالبين» للبَكْري (٣/ ١٦٨)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٧)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/ ١٩٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٠٦)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي أيضًا (٢/ ٤٣٤). =

أدلة القول الأول:

١- **القياس على الوصية، وبيان ذلك:** أن أهل العلم أجمعوا على أن مَن أَوْصَى بجزء من ماله، الثلث فما دونه، وهو لا يَعرف مبلغه من الوزن والقَدْر- أنه جائز ماضٍ. فيقاس عليها الهبة، بجامع أن كلًّا منهما من عقود التبرع(١).

٢- أن النبي ﷺ لما جاءه وفد هَوَازن (٢) فقالوا له: يا محمد، إنا أصل وعشيرة، وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك، فامنُن علينا، مَنَّ الله عليك!!

فقال: «اختاروا من أموالكم أو من نسائكم وأبنائكم».

فقالوا: قد خَيَّرْتَنا بين أحسابنا وأموالنا، بل نختار نساءنا وأبناءنا!

فقال رسول الله ﷺ: «أما ما كان لي ولبني عبد المطلب، فهو لكم... » الحديث(٣).

= وقد ذَكَر ابن قدامة في «المغني» احتمالًا في المذهب (٨/ ٢٤٩)، فقال:

(ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب مَنَع الصحة؛ لأنه غرر في حقه. وإن كان من الموهوب له لم يَمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه، فلم يُعتبَر في حقه العلم بما يوهب له، كالموصى له).

وهذا يمكن أن يكون قولًا ثالثًا في المسألة، لو أن ذلك كان قولًا منسوبًا، وإنما ذَكَره ابن قدامة احتمالًا، فإن قيل به فهو أقوى من القول بالمنع مطلقًا.

(١) انظر: «المقدمات الممهدات» لابن رشد (٢/ ٤١٢).

(٢) **هَوَازن**: قبيلة مشهورة، وكانوا في حُنَيْن، وهو وادٍ وراء عرفة دون الطائف. وقيل: بينه وبين مكة ليالٍ.و(غزوة هَوازن) تسمى (غزوة حُنَيْن) وكانت الغنائم فيها من السَّبْي والأموال أكثر من أن تُحْصَى. انظر: «عون المعبود» للعظيم آبادي (٧/ ٢٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال (٣/ ٦٣) برقم (٢٦٩٤).

والنَّسائي في كتاب الهبة، هبة المشاع (٦/ ٢٦٢) برقم (٣٦٨٨). =

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أعطاهم ما كان له ولبني عبد المطلب، ولم يقف على مقداره. وهو دليل على صحة هبة المجهول(١).

٣- ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يَقتسم ورثتي دينارًا ولا درهمًا، ما تَرَكْتُ بعد نفقة نسائي ومَئُونة عاملي فهو صدقة»(٢).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ تَصَدَّقَ بشيء لا تُعْلَم حقيقته؛ لأن نفقة النساء تَزيد وتَنقص، وكذلك مَئُونة العامل قد تكثر في عام وتَقِل في آخَر؛ فدل ذلك على جواز هبة المجهول(٣).

٤- ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:

كان رسول الله ﷺ قال لي: «لو قد جاءنا مال البحرين، قد أعطيتُك هكذا وهكذا وهكذا».

فلما قُبِض رسول الله ﷺ وجاء مال البحرين، قال أبو بكر: مَن كانت له عند رسول الله ﷺ عِدَة فليأتني.

= وحَسَّنه الألباني في تعليقه على «سُنن النَّسائي».

وللحديث أصل في البخاري، وهو قوله ﷺ في نفس القصة: «أَحَبُّ الحديث إليَّ أَصْدَقُه، فاختاروا إحدى الطائفتين: إما السبي، وإما المال» من كتاب فرض الخُمُس، باب ومِن الدليل على أن الخُمُس لنوائب المسلمين (٤/ ٨٩) برقم (٣١٣١).

(١) انظر: «المقدمات الممهدات» لابن رشد (٢/ ٤١٣).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب نفقة القَيِّم للوقف (٤/ ١٢) برقم (٢٧٧٦).

ومسلم، كتاب الجهاد والسِّيَر، باب قول النبي ﷺ: «لا نُورَث، ما تَرَكْنا فهو صدقة» (٣/ ١٣٨٢) برقم (١٧٦٠).

(٣) انظر: «المقدمات الممهدات» لابن رشد (٢/ ٤١٣).

فأتيتُه فقلت: إن رسول الله ﷺ قد كان قال لي: «لو قد جاءنا مال البحرين، لأعطيتُك هكذا وهكذا وهكذا» فقال لي: احْثُهْ. فحثوت حثية، فقال لي: عُدَّها. فعَدَدْتُها فإذا هي خَمس مِئة، فأعطاني ألفًا وخَمس مِئة [(١)].

وَجْه الاستدلال: أن هبة النبي ﷺ لجابر كانت مجهولة، وهو دليل على صحة هبة المجهول.

٥- **أن النبي ﷺ لما فَتَح خيبر جَمَع السَّبْي، فجاءه دِحْيَة الكلبي [(٢)] رضي الله عنه، فقال: يا نبي الله، أعطني جارية من السَّبْي.**

قال: «اذهب فَخُذْ جارية» فأَخَذ صفية بنت حُيَيّ [(٣)].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الجزية، باب ما أَقْطَع النبي ﷺ من البحرين، وما وَعَد من مال البحرين والجزية، ولمَن يُقْسَم الفيء والجزية (٤/ ٩٨) برقم (٣١٦٤).
ومسلم، كتاب الفضائل، باب ما سُئِل رسول الله ﷺ شيئًا قَطُّ فقال لا، وكثرة عطائه (٤/ ١٨٠٦) برقم (٢٣١٤).

(٢) هو دِحْيَة بن خليفة بن فَرْوة الكلبي.
كان من كبار الصحابة، شَهِد أُحُدًا وما بعدها من المَشاهد، وبقي إلى خلافة معاوية، وهو الذي بعثه رسول الله ﷺ إلى قيصر رسولًا في الهدنة، وذلك في سنة ست من الهجرة.
وكان يُضْرَب به المَثَل في حُسْن الصورة، وكان رسول الله ﷺ يُشَبِّهه بجبريل عليه السلام، تُوفي سنة (٤٥هـ).
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٤٦١)، و«الإصابة» لابن حجر (٢/ ٣٢١).

(٣) **هي صفية بنت حُيَيّ بن أخطب، من الخزرج، من أزواج النبي ﷺ، كانت في الجاهلية من ذوات الشرف، تَدين باليهودية، وهي من ذرية هارون بن عمران، أخي موسى عليه السلام.**
قُتِل زوجها كِنَانة بن الربيع النَّضْري يوم خيبر، وأسلمت، فتزوجها رسول الله ﷺ، تُوفيت في زمن معاوية سنة خمسين.
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٤/ ١٨٧١)، و«الإصابة» لابن حجر (٨/ ٢١٠).

فجاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا نبي الله، أعْطَيْتَ دِحْيَةَ صفية بنت حُيَيّ، سيدة قُرَيْظَة والنَّضِير؟! لا تَصلح إلا لك!!

قال: «ادعوه بها»، فجاء بها، فلما نظر إليها النبي ﷺ قال: «خذ جارية من السبي غيرها». قال: فأعتقها النبي ﷺ وتَزَوَّجها [(١)].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ قال لدِحْيَة: «اذهب فَخُذْ جارية» وهي هبة مجهولة.

نوقش: بأن النبي ﷺ استرجعها، وحاشاه أن يَعود في هبته إلا كَوْنها لم تَتم بالجهالة [(٢)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا- يُحتمَل أن يكون دِحْيَة رد الجارية برضاه، وأَذِن له النبي ﷺ في غيرها.

ثانيًا- أن النبي ﷺ إنما أَذِن له في جارية له من حشو السَّبْي لا أفضلهن، فلما رأى أنه أَخَذ أَنْفَسَهن وأَجْوَدهن نَسَبًا وشرفًا في قومها وجمالًا، استرجعها؛ لأنه لم يأذن فيها، ورأى في إبقائها لدِحْيَة مَفسدة لتميزه بمثلها على بقية الجيش.

ولِما فيه من انتهاكها مع مَرتبتها وكَوْنها بنت سيدهم.

ولِما يُخاف من استعلائها على دِحْيَة بسبب مَرتبتها، وربما تَرَتَّبَ على ذلك شقاق أو غيره، فكان أَخْذه ﷺ إياها لنفسه قاطعًا لكل هذه المفاسد المُتخوَّفة. ومع هذا فعَوَّض دِحْيَة عنها [(٣)].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الصلاة، باب ما يُذْكَر في الفخذ (١/ ٨٣) برقم (٣٧١).
ومسلم، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أَمَته ثم يتزوجها (٢/ ١٠٤٣) برقم (١٣٦٥).

(٢) «المُحلَّى» لابن حزم (٨/ ٥٧).

(٣) انظر: «شرح النووي على مسلم» (٩/ ٢٢٠)، و«فتح الباري» لابن حجر (٧/ ٤٧٠).

أدلة القول الثاني:

١- لأن الواهب إذا كان لا يَعرف مقدار ما وَهَب كان ذلك غررًا في حقه، والغرر باطل، والقاعدة: (كل ما لا يصح بيعه لا تصح هبته)، والمجهول لا يصح بيعه، فكذلك هبته.

٢- ولأن الهبة من عقود التمليك، والجهالة في عقود التمليك مُؤَثِّرة؛ لأنها تُفضي إلى المنازعة [١].

يناقش: بأن النهي عن الغرر وَرَد في البيوع، ولم يَرِد النهي عنه في التبرعات.

وذلك لأن التصرفات نوعان:

منها: ما هو مُعاوَضة صِرْفة، يُقصَد منه تنمية المال واستثماره. فهذا إذا ما فات شيء منه بالغَرَر والجهالة، ضاع المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه.

ومنها: ما هو إحسان محض، لا يُقصَد منه تنمية المال، كالصدقة والهبة والإبراء، فهذا إذا ما فات منه شيء على الموهوب له لا يقع عليه ضرر؛ لأنه لم يَبذل شيئًا في مقابل الحصول عليه، فاقتضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك سبب لكثرة وقوعه. وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله [٢].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- أن القول بصحة هبة المجهول أقوى من القول بعدم

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٧٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٢)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ٥٣٤)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٨١)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٧).

(٢) «الذخيرة» للقرافي (٦/ ٢٤٤)، وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٢٧٠).

الصحة؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا. ولأن الهبة من عقود التبرعات التي لا يُشترَط لها ما يُشترَط لغيرها من العقود.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما تَعَذَّرَ علمه

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنابلة إلى استثناء ما يُتعذَّر علمه من المجهول فأجازوا هبته، كما لو اختَلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوَهَب أحدهما لرفيقه نصيبه منه، فيصح [(١)].

وأجاز ذلك بعض الشافعية في بعض صوره، كما إذا لم يَعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث، كما لو خَلَّف ولدين أحدهما خُنْثى، وكاختلاط الثمار والحجارة المدفونة في البيع [(٢)].

ودليلهم على ذلك: القياس على الصلح بمجهول، فكما يصح الصلح على المجهول فكذلك الهبة بالمجهول، بجامع الحاجة في كل. ولأنه أَدْعَى لقطع النزاع بينهما- كما في المثال- ولئلا يُفضِي إلى ضياع المال أو بقاء شَغْل الذمة [(٣)].

الراجح:

سَبَق أن رَجَّحْتُ صحة بيع المجهول؛ وبِناء عليه يَدخل الاستثناء ضمنًا، ولا يَقتصر الأمر على هذه الحالة، بل يَجوز فيما عداها للأدلة السابقة.

---

(١) انظر: «المبدع» لابن مفلح (٥/ ١٩٥)، و«الإنصاف» للمَرْداوي (٧/ ١٣٢)، و«الإقناع» للحَجَّاوِي (٣/ ٣٣)، و«الروض المربع مع حاشية ابن قاسم» (٦/ ٦).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٤٧٠).

(٣) «حاشية الروض» لابن قاسم (٥/ ١٤٠).

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم هبة المجهول على الصلح على مجهول، بجامع الحاجة في كل.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الحاجة تُنزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير).

فالحاجة العامة التي تتعلق بأغلب الناس، وكذلك التي تختص بفئة- تُنَزَّل منزلة الضرورة فتُعطَى حكمها من حيث إباحة المحظور. وإن كانت الحاجة في مَرتبة دون مَرتبة الضرورة؛ تيسيرًا على العباد وتسهيلًا لشئون معاشهم.

ومن ذلك: المال المختلط بين اثنين على وجه لا يتميز، فلو لم نَقُل بجواز هبة المجهول في هذه الحالة، لشَقَّ ذلك على صاحبَي المال؛ لأن المال سيبقى معلقًا وتُشْغَل به ذمتاهما، وربما آل الأمر إلى النزاع بينهما؛ ولهذه الحاجة جازت هبة المجهول [(١)].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٨٨)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٠٩).

المبحث الخامس

المُستثنَيات في باب الوصايا

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصي وقَبْل قَبوله أو رَدِّه، والوصية لغير مُعَيَّنٍ- من افتقار الوصية إلى قَبول المُوصَى له.

المطلب الثاني- استثناء الحربي والمرتد من صحة الوصية لمن يصح تمليكه.

المطلب الثالث: استثناء المُوصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له- من عدم صحة بيع العين المُوصَى بنفعها.

المطلب الرابع- استثناء حالة موت المُوصِي من جواز عزل الوصي نفسه.

المطلب الأول

استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصِي وقبل قَبوله أو رَدِّه، والوصية لغير مُعَيَّن- من افتقار الوصية إلى قَبول المُوصَى له (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اعتبار قَبول المُوصَى له في الوصية:

اختَلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- اتفقت المذاهب الأربعة على أن الوصية تَفتقر إلى قَبول المُوصَى له،

---

(١) **الوصية في اللغة:** قال ابن فارس: (الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء. ووَصَيْتُ الشيءَ: وصلته. والوصية من هذا القياس، وسُمِّيَتْ بذلك لأن الميت لما أوصى بها وَصَل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته).

انظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس (٦/ ١١٦) مادة (وصي)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» للبعلي (١/ ٣٥٦).

الوصية في اصطلاح الفقهاء: عَرَّفها الحنفيّة بأنها: تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع. «البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٤٥٩).

وعَرَّفها المالكية بأنها: عَقْد يوجب حقًّا في ثلث عاقده يَلزم بموته، أو نيابة عنه بعده. «شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع (١/ ٥٢٨). وعَرَّفها الشافعية بأنها: تَبرُّع بحق مضاف ولو تقديرًا لِما بعد الموت، وليس التبرع بتدبير ولا تعليق عتق، وإن التحقا بها حكمًا كالتبرع المُنَجَّز في مرض الموت أو المُلْحَق به. «مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ٦٦). وعَرَّفها الحنابلة بأنها: الأمر بالتصرف بعد الموت. «كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٣٥). وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، إلا أن أدقها وأخصرها تعريف الحنابلة؛ لأنه يشمل الوصية بالتمليك وغيره، كالوصية بقضاء الديون والواجبات.

ولا يَتم عقد الوصية إلا به. على خلاف بينهم في وقت ابتداء العقد [(١)].

القول الثاني: ذهب زُفَر من الحنفية، والحنابلة في وجه- إلى أن الوصية تنعقد بالإيجاب من المُوصِي فقط، أما القَبول فهو شرط في لزوم الوصية وثبوت مِلك المُوصَى به [(٢)].

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[(٣)] فظاهره أنه لا يكون للإنسان شيء من دون سعيه، فلو ثَبَت المِلك للمُوصَى له من غير قَبول لثَبَت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خُصَّ بدليل كالميراث [(٤)].

٢- ولأن الوصية تمليك مال لمن هو من أهل المِلك، فاعتُبِر قوله كالبيع [(٥)].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٤٧)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٣٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٨٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٢١)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٨/ ٥١٧)، و«شرح الخرشي» (٨/ ١٦٩)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٤)، و«منح الجليل» لمحمد عليش (٩/ ٥٠٧)، و«الأم» للشافعي (٤/ ١٠٢)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٤٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٤٢)، و«تحفة المحتاج» لابن حجر الهيتمي (٧/ ٣٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٣٩) .

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٤٧)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٢٣٩)، و«القواعد» لابن رجب (ص٩٦).

وقد حَكَى هذا القول بعض الشافعية عن الشافعي، ورَدَّه أكثر المتقدمين ومنعوا أن يكون هذا قولًا للشافعي. «الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٥٣).

(٣) سورة النجم: الآية (٣٩).

(٤) «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٣٢).

(٥) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٣٩).

٣- ولأن القول بثبوت المِلك له من غير قَبوله- يؤدي إلى الإضرار به من وجهين:

أحدهما- أنه يلحقه ضرر المنة؛ ولهذا تَوَقَّفَ ثبوت المِلك للموهوب له على قَبوله؛ دفعًا لضرر المنة.

والثاني- أن المُوصَى به قد يكون شيئًا يَتضرر به المُوصَى له، كالعبد الأعمى والزَّمِن والمُقعَد... وغيرهم ممن تَلحقه نفقتهم، من غير أن يكون له نفع منهم، فلو لزمه المِلك من غير قَبوله للحقه الضرر من غير التزامه (١).

نوقش: بأن تَرتُّب الضرر على الوصية أمر لا يُراعَى في التشريع؛ لأنه خلاف العادة، والعادة في الوصية أن تكون المنفعة للمُوصَى له.

أدلة القول الثاني:

١- لأن المِلك بالوصية بمنزلة المِلك بالإرث، على معنى أنه عقب الموت، ثم الإرث لا يرتد برَدّ الوارث. فكذلك الوصية؛ وهذا لأن المِلك هاهنا يَثبت بطريق الخلافة، وهو أن المُوصَى له صار خَلَفًا عن المُوصِي في مِلك المُوصَى به كالوارث في التركة (٢).

نوقش بأن هذا قياس مع الفارق:

لأن المِلك في الإرث مُتَلَقًّى من الشارع؛ فلهذا يَدخل المِلك في الميراث جبرًا من دون اختيار؛ لأن الشارع له ولاية الإلزام. أما المِلك في الوصية فهو مُتَلَقًّى من المُوصِي، وهو لا يَملك إلزام المُوصَى له، فكان لابد من قَبوله.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٣٢)، و«الأم» للشافعي (٤/ ١٠٢).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٤٧).

كما أن الوصية إثبات مِلك جديد؛ ولهذا لا يَرُد المُوصَى له بالعيب، ولا يُرَدّ عليه بالعيب، ولا يَملك أحدٌ إثبات المِلك لغيره من دون اختياره. بخلاف الميراث؛ لأنه خلافة، فتَثبت فيه هذه الأحكام جبرًا من الشرع من غير قَبول (١).

٢- أن المُوصَى له إذا مات بعد موت المُوصي وقَبْل قَبوله أو رَدِّه، فإن الوصية تنتقل إلى ورثة المُوصَى له من دون قَبوَل؛ فدل على أن المِلك في الوصية لا يتوقف على القَبول (٢).

نوقش: بأن هذه المسألة قد وقع فيها خلاف بين العلماء، وما كان مُتنازَعًا في صحته لم يكن صالحًا للاحتجاج (٣).

الراجح:

الخلاف في المسألة قوي وتتجاذبه أدلة الأقوال، لكن بالنظر إلى الأصول العامة للشريعة، يَترجح لديَّ القول الأول؛ لأن الأصل ألا يَدخل في مِلك المُكلَّف شيء إلا بإذنه؛ لأن فيه دفعًا للضرر المحتمل بالإيصاء له بما ضرره أكثر من نفعه.

***

(١) «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٤٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٨٤)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٥٣).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢١٠).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٨٤)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ١٥٥). وسيأتي الكلام عن هذه المسألة بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصِي وقَبْل قبَوله أو رَدِّه، والوصية لغير مُعَيَّن

أولًا- التحقيق في استثناء حال موت المُوصَى له بعد موت المُوصِي، وقبل قَبوله أو رَدِّه:

صورة المسألة: أن يَصدر الإيجاب من المُوصي ثم يموت وهو على إيجابه، ثم يموت المُوصَى له قبل الرد والقَبول، فهل يقوم وارثه مقامه في القَبول والرد؟ **خلاف على ثلاثة أقوال:**

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة- إلى أن حق القَبول أو الرد يَنتقل إلى وارث المُوصَى له (١).

القول الثاني- وهو مذهب الحنفية، والمالكية في قول، وهو وَجْه عند الحنابلة-: انتقال الوصية إلى الوارث، من دون الحاجة إلى القَبول. ويكون هذا استثناءً من قولهم في المسألة السابقة (٢).

القول الثالث- ذهب الحنابلة في قول إلى أن الوصية تَبطل بموت المُوصَى له. وحُكِي عن بعض المالكية والشافعية (٣).

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (١٣/ ٢٩٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٥٢)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٤٣)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٤٣٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٤٥).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٣٢)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (١٠/ ٥٠٧)، و«البيان والتحصيل» لابن رشد (١٣/ ٢٩٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٥٢)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٢٤٧).

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد (١٣/ ٢٩٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٥٢)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٥٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٤٥)، و«شرح الزركشي» (٤/ ٣٧٠).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن أبي هريرة رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «مَن ترك مالًا، فلورثته»[(١)].

قال في «فيض القدير»: (يعني حقًّا، فذِكر المال غالبيّ؛ إذ الحقوق تُورَث كالمال)[(٢)]، ومن ذلك حق قَبول الوصية أو رَدِّها.

٢- أن الوصية عَقْد لازم من أحد الطرفين، فلا يَبطل بموتِ مَن له الخيار، كعقد الرهن والبيع إذا شُرِط فيه الخيار لأحدهما[(٣)].

نوقش: بأن شرط الخيار لم يَثبت لصاحبه إلا بعد صدور القَبول. فكذلك التملك في عقد الوصية، لا يَثبت قبل صدور القَبول.

٣- ولأن كل سبب استُحق به تَمَلُّك عين بغير اختيار مالكها، لم يَبطل بموته قبل تَمَلُّكها، كالرد بالعيب.

٤- أن كل مال يُستحَق من التركة لا يَسقط بالموت، كالدَّيْن[(٤)].

٥- ولأنه خيار ثابت في تَمَلُّك المال، فقام الوارث مقامه، كخيار الشفعة[(٥)].

أدلة القول الثاني:

١- أن الاستحسان يقتضي أن يَدخل المُوصَى به في مِلك المُوصَى له إذا مات بعد موت المُوصِي وقَبْل القَبول أو الرد.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) (٣/ ٤٨) وانظر: «المنثور» للزركشي (٢/ ٥٥).

(٣) انظر: « الوسيط» للغزالي (٣/ ١٠٥)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٠٦).

(٤) انظر: «الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٥٨).

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٤٥)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ١٥٥).

ووَجْه الاستحسان: أن الوصية من جانب المُوصي قد تَمَّتْ بموته تمامًا، فلن يَلحقه الفسخ من جهته. وإنما يتوقف لحق المُوصَى له لَأن الخيار له، فإذا مات بَطَل خياره ودخل في مِلكه. كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات مَن له الخيار قبل الإجازة (١).

٢- ولأن القَبول هو عبارة عن عدم الرد، فمتى وقع اليأس من رد المُوصَى له، عُدَّ قابلًا حُكْمًا.

نوقش: بأن المُوصَى له في حياته كان له القَبول والرد، فإذا مات قام ورثته مَقامه؛ لأنه حق ثَبَت للموروث فثَبَت للوارث بعد موته؛ لعموم قوله ﷺ: «مَن تَرَكَ مالًا فلورثته» وهي عامة في كل الحقوق (٢).

أدلة القول الثالث:

١- لأنه خيار لا يُعتاض عنه، فبَطَل بالموت، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشُّفْعة، وهو قياس المذهب؛ لأنه لا أحد يَقدر على إثبات المِلك لأحد من دون اختياره، فصار كموت المشتري قبل القَبول بعد إيجاب البائع، وكموت الموهوب له قبل القَبول بعد إيجاب الواهب (٣).

٢- ولأن الوصية عطية بعد الموت، وقد صَادَفَتِ المُعْطَى ميتًا، فلم تصح، كما لو وُهِب لميت؛ لأنه ليس بأهل للمِلك، أَشْبَهَ البهيمة (٤).

نوقش: بأن الوارث يقوم مَقام المُوصَى له في القَبول والرد؛ لأن كل حق مات عنه

---

(١) انظر: «غمز عيون البصائر» للحَمَوِي (٣/ ٤٦٢).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ١٥٥).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» للحَمَوِي (٣/ ٤٦٢)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ١٥٥).

(٤) انظر: «شرح الزركشي» (٤/ ٣٧٠).

المُستحِق فلم يَبطل بالموت، قام الوارث فيه مقامه [١]. كما يُرَدّ عليه بأدلة القول الأول.

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قويّ كأصلها، ولكنني أميل إلى القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولاسيما عموم قول النبي ﷺ: «مَن تَرَك مالًا فلورثته» مع عدم المُخصِّص لدى المخالفين.

وبِناء عليه فإن الاستثناء غير صحيح؛ لأن القَبول يَنتقل إلى ورثة المُوصَى له، ولا تُستثنَى هذه المسألة من افتقار الوصية إلى القَبول، كما رَجَّحْتُ في المسألة السابقة.

سبب الاستثناء: الاستحسان، وبيانه:

أن القَبول عندهم هو عبارة عن عدم الرد، فمتى وقع اليأس من رد المُوصَى له عُدَّ قابلًا حُكْمًا. وهذا التوجيه استحسان منهم؛ لأن الوصية من جانب المُوصي قد تَمَّتْ بموته تمامًا، فلن يَلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق المُوصَى له؛ لأن الخيار له، فإذا مات بَطَل خياره ودخل في مِلكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات مَن له الخيار قبل الإجازة.

ثانيًا- التحقيق في استثناء الوصية لغير مُعَيَّن:

إن كانت الوصية لغير مُعَيَّن، كالفقراء والمساكين والأرامل، فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى أنه لا يُشترَط منهم القَبول، وتَلزم الوصية بمجرد موت المُوصي. ولم أقف على مُخالِف لهم؛ لأن القَبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره، كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيُكتفَى بقَبوله [٢].

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ١٥٥).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٧/ ١٥٧). =

سبب الاستثناء: المصلحة، وبيان ذلك:

أن اشتراط القَبول في المُوصَى له غير المُعَيَّن فيه مشقة بالغة على المُوصي لتَعَذُّر ذلك، فاقتضت المصلحة التيسير في هذا الجانب مراعاة لحال المُوصِي لأَجَل تحقيق الوصية، والتي غالبًا يكون القصد فيها التقرب إلى الله.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير)، قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رُخَص الشرع وتخفيفاته [1]. وقد سبقت الإشارة إلى هذه المشقة في سبب الاستثناء.

= ويَشترط الحنفية في غير المُعَيَّن أن يَجمعهم وصف ينبئ عن حاجة، كالفقراء والمساكين. وعلة الجواز عندهم أن مقصوده التقرب به إلى الله تعالى.

فأما إذا لم يكن كذلك كالوصية لبني تميم فلا يَجوز؛ لأنها وصية للمجهول.

وقولهم هذا كقولهم في الوقف الذي سبق ذكره.

وانظر: «الذخيرة» للقرافي (٥٥/ ٦٨٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٤٢)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٤٢٩).

ويَشترط الشافعية إعطاء ثلاثة فصاعدًا؛ لأنه أقل الجَمْع، وهو كقولهم في الوقف على جهة لا تنحصر.

وانظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٣٩) ، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٤٤).

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٦٤)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٧٧).

المطلب الثاني

استثناء الحربي والمرتد
من صحة الوصية لمن يصح تمليكه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الوصية لمن يصح تمليكه:

اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط أن يكون المُوصَى له ممن يصح تمليكه شرعًا، فيَجوز وصية المسلم للكافر والكافر للمسلم [(١)].

ودليلهم على ذلك:

١- **قوله تعالى:** ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [(٢)].

وسبب نزول هذه الآية: أن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت: أتتني أمي راغبة في عهد النبي ﷺ، فسألتُ النبي ﷺ: آصلها؟ قال: «نعم»، فأَنْزَل الله تعالى فيها هذه الآية[(٣)].

---

(١) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٤/ ٥١٤)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٣٦٥)، و«الفواكه الدواني» للنفراوي (٢/ ١٣٣)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٣)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٩/ ٥٠٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ٩٩)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٤٢٠)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ٦٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٨٠)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٤٦٣)، و«حاشية ابن قاسم على الروض المربع» (٦/ ٥٦).

(٢) سورة الممتحنة: الآية (٨).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب صلة الوالد المشرك (٨/ ٤) برقم (٥٩٧٨).

ففيها دلالة على جواز إعطاء الكفار قسطًا من المال على وجه الصلة، سواء أكان هبة أم وصية [(١)].

٢- **عموم قوله تعالى:** ﴿إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗاۚ﴾ [(٢)].

قال القرطبي: (يريد الإحسان في الحياة، والوصية عند الموت... فالمشرك ولي في النسب لا في الدين، فيُوصَى له بوصية) [(٣)].

٣- **ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:** رأى عمر حُلَّة على رجل تباع، فقال للنبي ﷺ: ابتع هذه الحُلَّة تلبسها يوم الجمعة، وإذا جاءك الوفد. فقال: «إنما يَلبس هذا مَن لا خَلَاق له في الآخرة».

فأُتِيَ رسول الله ﷺ منها بحُلَل، فأَرْسَل إلى عمر منها بحُلَّة، فقال عمر: كيف ألبسها وقد قلتَ فيها ما قلتَ؟! قال: «إني لم أَكْسُكَهَا لتلبسها، تبيعها أو تكسوها»، فأَرْسَل بها عمر إلى أخ له من أهل مكة قبل أن يُسْلِم [(٤)].

ففيه دليل على جواز هبة المسلم للكافر، وأن البِر والصلة والإحسان لا يَستلزم

---

(١) انظر: «تفسير القرطبي» (١٨/ ٥٩)، و«فتح القدير» للشوكاني (٥/ ٢٥٥).

(٢) سورة الأحزاب: الآية (٦).

(٣) «تفسير القرطبي» (١٤/ ١٢٦). وقد سبقت ترجمة القرطبي.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الهدية للمشركين (٣/ ١٦٤) برقم (٢٦١٩).

ومِثل ذلك ما جاء عن صفية زوج النبي ﷺ أنها قالت لأخ لها يهودي: «أَسْلِم تَرِثني»، فسَمِع بذلك قومه فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا؟! فأَبَى أن يُسْلِم، فأوصت له بالثلث.

أخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الوصايا، باب الوصية للكفار (٦/ ٤٥٩) برقم (١٢٦٥٠).

وقال عنه ابن المُلقِّن في «البدر المنير» (٧/ ٢٨٦): إسناده جيد.

التحابب والتوادد المنهي عنه، فإذا جازت الهبة فالوصية مِثلها، بجامع البِر في كل[(١)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الحربي والمرتد:

أولًا- التحقيق في استثناء الحربي:

ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية في وجه- إلى استثناء الحربي من قولهم في المسألة السابقة، فقالوا: لا تصح الوصية للحربي.

وقَصَر الحنفيّة المنع في الحربي حال كونه في دار الحرب. أما الحربي المُستأمَن فيَجوز.

وجاء المنع عن بعض الحنابلة فيما إذا اتصف الحربي بالقتال والمُظاهَرة فقط[(٢)].

ومحل الخلاف هنا فيما إذا أوصى له بغير سلاح.

---

(١) انظر: «العناية» للبابرتي (١٠/ ٤٢٦)، و«فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٢٣٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٨١).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٤١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٨٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٦)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٤١٦)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٢٨٢).

ودار الحرب: هي البلاد التي ليس للمسلمين عليها ولاية وسلطان، ولا تقام فيها أكثر شعائر الإسلام. والحربي: هو مَن بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.

والمُستأمَن: مَن دخل دار الإسلام بأمان مؤقت لمدة معلومة.

انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ١٦٦)، و«شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع (١/ ١٤٥)، و«أحكام أهل الذمة» لابن القيم (٢/ ٨٧٤)، و«المبدع» لابن مفلح (٣/ ٢٨٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤٣)، و«معجم لغة الفقهاء» لقلعجي وقنيبي (١/ ٩٥).

ودليلهم على ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَوْ كَانُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ أَوْ أَبْنَآءَهُمْ أَوْ إِخْوَٰنَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾[(١)] والوصية للحربي هي نوع من المودة التي نهى الله عنها[(٢)].

٢- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُوا۟ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ ۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [(٣)] فدلت الآية على عدم جواز بر مَن يقاتل المسلمين، وهي مُخصِّصة لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓا۟ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ۚ﴾.

وأما ما جاء من الآثار عن الصحابة، فإنه محمول على أن الذين برّوهم لم يكونوا محاربين [(٤)].

نوقش استدلالهم: بأن الآية ليس فيها النهي عن بِر المشركين، بل فيها النهي عن تولي المحاربين، وليست الوصية من الموالاة، وإلا لما جازت للذمي، وهو من جملة الكفار الذين تجب البراءة منهم وعدم موالاتهم [(٥)].

ولا يصح حَمْل آثار الصحابة على أن مَن بروهم غير محاربين؛ لأن هبة عمر لأخيه المشرك كانت قبل الفتح وهي دار حرب؛ لأن مكة بعد الفتح لم يَبْقَ فيها مشرك[(٦)].

---

(١) سورة المجادلة: الآية (٢٢).

(٢) انظر: «فتح القدير» للشوكاني (٥/ ١٩٣).

(٣) سورة الممتحنة: الآية (٩).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٢٨١)، و«فتح القدير» للشوكاني (٥/ ٢٥٤).

(٥) «تفسير الرازي» (٢٩/ ٥٢١).

(٦) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١٤/ ٢٦٢).

٣- ولأن في دفع الوصية إليهم تقوية لهم على حربنا وإضرارًا بالمسلمين.

الراجح:

أرى- والله أعلم- ترجيح ما جاء عن بعض الحنابلة، وهو المنع فيها إذا اتصف الحربي بالقتال والمُظاهَرة فقط. ويكون ذلك مُستثنًى من القول بجواز الوصية لكل مَن يصح تمليكه؛ لأن الذين مَنَعوا من الوصية للحربي حَمَلهم على ذلك الخوف من أن يكون في الوصية إعانة له على الحرب. وهذا متحقق في حال الحربي المتصف بالقتال والمُظاهَرة فقط، من دون غيره.

وهذا فيه جَمْع بين الأقوال، وعليه يُحْمَل ما جاء عن عمر في هبته لأخيه، أن أخاه لم يكن من المحاربين المتصفين بالقتال والمُظاهَرة؛ لأن أخا عمر كان في دار حرب؛ فدل ذلك على جواز الهبة والوصية للحربي.

سبب الاستثناء:

النص، وهي الأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز الوصية للحربي المتصف بالقتال والمُظاهَرة، والتي تنهى عن تولي المحاربين.

ثانيًا- التحقيق في استثناء المرتد:

ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية في قول، وهو وَجْه عند الحنابلة- إلى عدم صحة الوصية للمرتد. ويكون هذا استثناء من قولهم السابق بصحة الوصية لمن يصح تمليكه(١).

---

(١) انظر: «الهداية» للمرغيناني (٤/ ٥٣٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٠٥)، و«الفتاوى الهندية» (٦/ ٩٢)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٠)، و«الفواكه الدواني» للنفراوي (٢/ ١٣٣)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٧)، و«مِنح الجليل» لمحمد عليش (٩/ ٥٠٥)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ١٩٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٠٧)، و«مغني المحتاج» =

ودليلهم على ذلك:

١- لأن المرتد أسقط الشرعُ حرمة نفسه ودمه، وتصرفاتُه من باب أَوْلَى [١].

٢- ولأن مِلكه غير مستقر، ولا يرث ولا يورث، فهو كالميت.

٣- ولأن مِلكه يزول عن ماله بردّته، فلا يَثبت له المِلك بالوصية [٢].

٤- ولأن المرتد مأمور بقتله، فلا معنى للوصية له [٣].

الراجح:

سبق أن رَجَّحْتُ صحة الوصية للحربي الذي لم يتصف بالقتال والمُظاهَرة. وقد سبق أن الوصية للكافر والذمي صحيحة باتفاق المذاهب الأربعة.

ومِثل ذلك المرتد، فإن ردته ليست مانعة من الوصية له، بدليل ما ذكرنا سابقًا من جواز الوصية للكافر والحربي.

ويجاب عن أدلتهم هنا بمثل ما أجبنا هناك.

وبناء عليه فإن الاستثناء ليس بصحيح.

سبب الاستثناء: القياس، وبيان ذلك:

أنهم قاسوا المرتد على الميت، بجامع عدم استقرار المِلك في كل.

= للشربيني (٤/ ٧٢)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢١٨)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/ ٢٥١)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ٤٦٣).

(١) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٠).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٦/ ٢١٨).

(٣) انظر: «المجموع» للنووي (١٥/ ٣٢٦- ٤١٥).

المطلب الثالث

استثناء المُوصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له- من عدم صحة بيع العين المُوصَى بنفعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع العين المُوصَى بنفعها:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على صحة بيع العين المُوصَى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة.

واختلفوا فيما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة- على قولين:

القول الأول: ذهب أبو يوسف من الحنفية، والمالكية، والشافعية في وجه، وهو المذهب عند الحنابلة- إلى صحة بيع العين المُوصَى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة، ويَنتقل المِلك إلى المشتري الجديد، مع بقاء حق المُوصَى له في المنفعة، ويقوم المشتري مَقام البائع فيما له وعليه [(١)].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٧/ ١٨٢)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٥٣)، و«الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٥/ ٧١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٠٣)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (١٠/ ٤٨٦)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٣٠) و(٧/ ١٦١)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٣٠) و(٤/ ٤٥٣)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٢٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٨٩)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٣٦٥). وقد سبقت ترجمة أبي يوسف.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة، والشافعية في وجه، والحنابلة في قول- إلى عدم صحة بيع العين المُوصَى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة (١).

أدلة القول الأول:

١- قياس الوصية بالمنافع على العين المُستأجَرة، فإن للمُؤجِّر أن يبيع العين، وللمُستأجِر أن يؤجر العين المُستأجَرة، فكذلك هنا (٢).

٢- ولأن مِلك العين المُوصَى بمنفعتها يَنتقل إلى الورثة بعد وفاة المُوصي، من دون توقف على رضا المُوصَى له بالمنفعة؛ لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال.

فكذلك انتقال مِلكها من الورثة إلى غيرهم بالبيع- لا يتوقف على رضاه؛ لعدم تأثر حقه بهذا الانتقال (٣).

٣- ولأن الامتناع كان لِحَقّ الغير به، وحق الغير هاهنا متعلق بالثلث لا بالثلثين؛ لأن الوصية تعلقت بالثلث لا غير، فخلا الثلثان عن تعلق حق الغير بهما، فكان للورثة ولاية البيع (٤).

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٧/ ١٨٢)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٥٣)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٢٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٣٦٧).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٠٣).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٨٩-١٩٠).

وهذا بِناءً على قول مَن يقول: (إن الوصية تنعقد بالإيجاب من المُوصِي فقط).

وهو قول زُفَر من الحنفية، ووَجْه عند الحنابلة، ويُحْكَى عن الشافعي.

وقد سبق الكلام عن هذه المسألة في المطلب الأول من هذا المبحث.

(٤) «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٣٥٣).

دليل القول الثاني:

١- لأن العين مسلوبة المنفعة، ولا يصح بيع ما لا نفع فيه، كالحشرات والميتات[(١)].

نوقش: بأنه قياس مع الفارق، فلا نُسَلِّم أن العين مسلوبة المنفعة هنا، بل فيها منفعة مشروطة للمُوصَى له، والأصل في الشروط الصحة والجواز ما لم يدل دليل على المنع. وقد يكون المشتري قَصَد نفع الورثة بطريق لا يَحصل فيه مِنَّة، أو قد يرجو الكمال بحصول منافعها له من جهة المُوصِي إما بهبة أو مصالحة بمال [(٢)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، ما لم يدل دليل على المنع. ولأن التصرف صادر عن مالك، ومَن مَلَك شيئًا مَلَكَ التصرف فيه. ولأن المُوصَى له لا يتضرر ببيعِ العين المُوصَى بمنفعتها؛ لأنه حقه من الانتفاع محفوظ له.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء المُوصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسـألة السابقة، فذهب الشافعية في الأصح والحنابلة في قول- إلى صحة بيع العين المُوصَى بنفعها إذا كان المشتري هو المُوصَى له بالمنفعة، وتَبطل الوصية بمتقضى مِلكه الرقبة [(٣)].

---

(١) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٣٦٧).

(٢) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٧٤).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٨/ ٢٢٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ١٨٩)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٧/ ٣٦٧).

ودليلهم على ذلك: أن مالك المنفعة يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك، بخلاف غيره؛ ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بُدُو صلاحها لصاحب الشجرة من دون غيره. وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض(١).

نوقش: بأن القياس على بيع الثمرة قبل بُدو صلاحها لصاحب الشجرة من دون غيره، وبيع الزرع لصاحب الأرض- قياس مع الفارق؛ لأن الزروع قبل اشتداد حَبها والثمار قبل بُدو صلاحها عُرْضَة للجوائح ومَظِنة للهلاك أكثر من غيرها؛ ولذلك يُحتاط فيها لمصلحة المشتري الذي قد يُدرِك حاجته أو لا؛ ولذلك جاز البيع لهما ولغيرهما بعد الصلاح واشتداد الحَب.

أما في مسألتنا، فإن المشتري يَعلم يقينًا أن المنفعة مشروطة للمُوصَى له، فلا جهالة في عاقبة المنفعة.

الراجح:

سَبَق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة صحة بيع العين المُوصَى بنفعها، سواء أكان المشتري هو المُوصَى له أم لا؛ لأن ذلك من باب الشروط، والأصل فيها الصحة كما سبق. وقَصْر الجواز على ما إذا كان المشتري هو المُوصَى له- تَحَكُّم لا دليل عليه.

سبب الاستثناء: القياس، وبيانه:

أنهم قاسوا بيع العين المُوصَى بها لمالك نفعها على بيع الثمر قبل بدو صلاحه لصاحب الشجر، وبيعِ الزرع قبل اشتداد حَبه لصاحب الأرض، بجامع اجتماع الرقبة والمنفعة في كل.

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٦/ ١٨٤).

المطلب الرابع

استثناء حالة موت المُوصِي من جواز عزل الوصي نَفْسَه (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم عزل الوصي نَفْسَه

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز عزل الوصي نَفْسَه (٢)، وهو قول أهل العلم عامة.

واشتَرط الحنفية أن يكون ذلك بعلم المُوصِي؛ ليتمكن من الإيصاء إلى غيره إن شاء.

---

(١) **والمراد بالوصي هنا**: هو المُوصَى له بالتصرف وليس بالمال، كقضاء الدُّيون واقتضائها، وتفريق الوصية، والولاية على القُصَّر من أولاد المُوصِي وحِفظ أموالهم، وهي تكون بعد موت المُوصِي، أما إذا كانت في حياته فهي وكالة.

وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الوصية. انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٤٧٩).

(٢) **يُعبِّر بعض المصنفين بلفظ (العزل).**

وبعضهم يُعبِّر بلفظ (الرجوع) بحُجة أن العزل فرع عن الولاية، ولا ولاية قبل موت المُوصِي، والتعبير بالرجوع يشمل قبل الموت وبعده.

وعلى كل حال، فهو خلاف اصطلاحي لا مُشَاحَّة فيه ولا تترتب عليه ثمرة؛ ولذلك أغلب المصنفين يعبرون بلفظ (العزل).

انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ١٢٣).

وقَيَّده الشافعية بما إذا لم يتعين عليه بحيث لم يوجد غيره، أو يَغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم (١).

القول الثاني- ذهب بعض المالكية إلى أن الوصي إذا قَبِل فليس له عزل نفسه إلا لعُذْر. وهو رواية عند الحنابلة، لكن لم يُصرَّح فيها باستثناء العذر (٢).

أدلة القول الأول:

١- **القياس على الوكيل**؛ إذ يَجوز له عزل نفسه متى شاء، وذلك أن الوصي متصرف بِناء على التولية والتفويض والإذن، فأَشْبَه بذلك الوكيلَ (٣).

٢- ولأن الوصاية عقد غير لازم من الطرفين؛ ولذا كان للمُوصِي عزل وصيه ولو بغير موجب، فكذلك للوصي عزل نفسه (٤).

دليل القول الثاني: أن الوصي بقَبوله الوصاية صار كمَن وَهَب بعض منافعه، فلا يَجوز له الرجوع، كما لا يَجوز للواهب (٥).

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٠٦)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٥٢٠)، و«الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم أيضًا (١/ ٢٩٠)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٧٠٠)، و«الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٦٨)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٤٠٣-٤٠٤)، و«شرح الخرشي» (٨/ ١٩٤)، و«البهجة شرح التحفة» للتُّسُولي (٢/ ٥٠٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٦/ ٣٢٠)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص١٥٥)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٤٧)، و«قواعد ابن رجب» (ص١١٠)، و«الإنصاف للمرداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٤٨٠)، و«مَطالب أُولِي النُّهَى» للرُّحَيْباني (٤/ ٥٣٤).

(٢) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٦٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٥٥-٤٥٦)، و«قواعد ابن رجب» (ص١١٠)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٤٨١).

(٣) انظر: «مغني المحتاج» للشربيني (٤/ ١٢٢)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٢٤٨).

(٤) انظر: «شرح الخرشي» (٨/ ١٩٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٥٥).

(٥) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٧/ ١٦٨)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٥٥-٤٥٦).

نوقش من وجهين:

أولًا- أنه مبني على أن الهبة تَلزم بالقَبول، وهو مذهب المالكية. ولا يُسَلَّم لهم بذلك، وقد سبق ذكر الأقوال في المسألة وترجيح لزوم الهبة بالقبض.

وبِناء عليه، فيكون عزل الوصي نَفْسَه من باب الرجوع في الهبة قبل قبضها، وهو جائز على الراجح.

ثانيًا- أن قولهم يَنتقض بالوكالة؛ إذ الوكيل قد وَهَب منافع نفسه، ومع ذلك له عزل نفسه (١).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة أصحابه.

ولأن عقد الوصاية فيه جهالة، وذلك من حيث تفصيل الأعمال التي يقوم بها الوصي، ولا يكون مؤقتًا غالبًا، واللزوم لا يجتمع مع الجهالة وعدم التأقيت.

ولأن قَبول الوصاية إحسان، والإلزام بالاستمرار فيها يُزهِّد في قَبولها (٢)، مع التأكيد على القيد الذي وضعه الشافعية؛ لأن قاعدة الشريعة أن الضرر لا يُزال بمثله.

---

(١) **وهذا مُشْكِل على مذهب المالكية في لزوم الهبة بالقَبول!**

لذلك بَيَّن بعضهم الفرق بين المسألتين، وهو: أن الوكالة هبة لمنافع نفسه، وهبة منافع نفسه لو لزمته لأدى ذلك إلى المشقة، فكان له الرجوع لذلك. ولا كذلك منافع الدابة والدار والعبد وغيرها من الأموال. والوصي كذلك تَلحقه المشقة في لزوم عقد الوصاية كما تَلحق الوكيل؛ لأنها هبة منافع النفس، فيكون مثله في الحُكْم.

انظر: «عِدَةُ البروق» للونشريسيّ (ص٥٣١).

(٢) انظر: «السيل الجرار» للشوكاني (١/ ٩٢٩).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حالة موت المُوصِي:

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فذهب الحنفية والمالكية، والشافعية في وجه، ورواية عند الحنابلة- إلى استثناء عزل الوصي نَفْسَه إذا كان ذلك بعد موت المُوصِي، فليس له عزل نفسه هاهنا (١).

ودليلهم على ذلك: أن المقصود توفير المنفعة على المُوصِي ودَفْع الضرر عنه، وبعد ما قَبِل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت تَضَرَّر به المُوَصِي؛ لأنه تَرَكَ النظر والإيصاء إلى الغير اعتمادًا على قَبوله، ويَصير هذا الوصي بالقَبولَ كالغَارّ له، والغرر حرام والضرر مدفوع (٢).

الراجح:

سَبَق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة جواز عزل الوصي نفسه ما لم يكن هناك ضرر على المُوصِي. وهذا القيد ذَكَره الشافعية، وهو لا يَقتصر على ما كان بعد موت المُوصِي، بل يشمل حتى في حياته إذا كان في عزل الوصي نَفْسَه ضرر، كأن لا يوجد غيره، أو يَغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم.

وبِناء عليه، فإن هذا الاستثناء داخل ضمنًا، بِناءً على ما رَجَّحْنا، ولا معنى لقَصْر الجواز على هذه الصورة.

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٢٣)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٥٢١)، و«شرح الخرشي» (٨/ ١٩٤)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٥٦)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٩/ ٥٨٩)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص١٥٥)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٧/ ٤٨١).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٢٣).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهي ظاهرة في مراعاتهم مصلحة المُوصِي بالحفاظ على ماله وأولاده، ومَنْع الوصي من عزل نفسه بعد موت المُوصِي.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (يُتحمَّل أدنى الضررين لدفع الضرر الأعلى) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وذلك لأن مَنْع الوصي من عزل نفسه بعد موت المُوصِي فيه ضرر عليه ولا شك، وهو أهون من الضرر الحاصل على الميت ببطلان وصيته وعَجْزه عن القيام بها. ولا يمكن دفع الضررين جميعًا، فكان لا بد من أن يُتحمَّل أدنى الضررين لدفع الضرر الأعلى، والأعلى هنا ضرر الميت؛ لأن ضرره ليس بمجبور بشيء، وضَرَرُ الوصي مجبور بالثواب [1].

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢٠٦).

الفصل الثالث

المُستثنَيات الفقهية المتعلقة بالدُّيون

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول- المُستثنَيات في باب الرهن.

المبحث الثاني- المُستثنَيات في باب الضمان.

المبحث الثالث- المُستثنَيات في باب الحَوَالة.

المبحث الأول

المُستثنَيات في باب الرهن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد- من عدم صحة رهن المشاع.

المطلب الثاني: استثناء ما كان على ثمن المبيع- من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه.

المطلب الثالث- استثناء تغير حال العدل من عدم جواز نقل الرهن عن يده.

المطلب الأول

استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد- من عدم صحة رهن المشاع [(١)]

وفيه فرعان:

---

(١) **الرهن في اللغة:**

قال ابن فارس: (الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يُمسَك بحق أو غيره. من ذلك الرهن). «مقاييس اللغة» (٢/ ٤٥٢) مادة (رهن).

الرهن في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفه الحنفية بأنه: حَبْس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه. «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٦٢).

وعَرَّفه المالكية بأنه: مال قُبِض تَوَثُّقًا به في دَيْـن. «شرح الخرشي على مختصر خليل» (٥/ ٢٣٦).

وعَرَّفه الشافعية بأنه: جَعْل عين مالٍ وثيقةً بدَيْن يُستوفَى منها عند تَعَذُّر وفائه. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٨).

وعَرَّفه الحنابلة بأنه: المال الذي يُجْعَل وثيقة بالدَّيْن ليُستوفَى من ثمنه إنْ تَعَذَّرَ استيفاؤه ممن هو عليه. «المغني» لابن قدامة (٤/ ٢٤٥).

وهذه التعريفات متقاربة في بيان ماهية الرهن، والاختلاف إنما هو في الجزئيات والشروط، ولا يتسع المجال لبحثها.

والمشاع: هو ما كان بين الشركاء غير متميز ولا مقسوم، من عين أو منفعة أو حق.

انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٢/ ٦٥)، و«شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع، و«تكملة المجموع» للمطيعي (٢٠/ ١٨١)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/ ٦٢).

الفرع الأول: حُكْم رهن المشاع

اختَلَف أهل العلم في صحة رهن المشاع- على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة- إلى صحة رهن المشاع [١] وإليه ذهب ابن حزم [٢].

القول الثاني- ذهب الحنفية إلى عدم صحة رهن المشاع. وهو قول لبعض المالكية فيما إذا لم يأذن الشريك [٣].

أدلة القول الأول:

١- **عموم قوله تعالى**: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [٤]، فهي تتناول كل رهن، سواء أكان المرهون مقسومًا أم مشاعًا [٥] لأنها نكرة في سياق الشرط، فتفيد العموم. كما لو جاءت في سياق النفي. وهو قول جَمْع من علماء الأصول. ولو كان مراد الله أحد هذين النوعين، لَخَصَّه بالذِّكر [٦].

٢- ولأن كل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدَّيْن

---

(١) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٨/ ٧٩)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٣٩)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٣٥)، و«الأم» للشافعي (٣/ ١٩٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٣٨)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٤٦)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٢/ ٣٦٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٢٦).

(٢) «المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٣٦٤). وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢١/ ٦٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٦٨)، و«العناية» للبابرتي (١٠/ ١٥٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٨٩)، و«المنتقى» للباجي (٥/ ٢٤٩).

(٤) سورة البقرة: الآية (٢٨٣).

(٥) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٣٦٤).

(٦) انظر: «شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٣/ ١٤١).

للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إِنْ تَعَذَّرَ استيفاؤه من ذمة الراهن. وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها.

ولأن ما كان محلًّا للبيع كان محلًّا لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته، إلا أن يَمنع مانع من ثبوته أو يَفوت شرط، فينتفي الحُكْم لانتفائه [(١)].

٣- ولأنه لا يوجد دليل من كتاب أو سُنة أو إجماع يَمنع من رهن المشاع. والأصل الصحة حتى يَثبت العكس.

أدلة القول الثاني:

١- **قوله تعالى:** ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾.

فدلت الآية على أن الرهن لا يكون إلا مقبوضًا، وذلك يَستلزم الحبس الدائم للمرهون حتى الإبراءِ أو الوفاء؛ لأن المقصود من الرهن إنما هو التوثق لاستيفاء المُرتهِن دَيْنه عند مَطْل الراهن أو إفلاسه، وبه يأمن المُرتهِن على ماله من الضياع، وهذا لا يَحصل إلا بثبوت الحبس الدائم.

ولا يُتصوَّر الحبس الدائم في المشاع؛ لأنه يَبطل بالمهايأة، فيَنتفع المالك يومًا بحُكْم المِلك، ويحفظه المُرتهِن يومًا بحُكْم الرهن، فكأنه رَهَنه يومًا، ويومًا لا. وإذا كان لا يمكن حبس المشاع دائمًا، لم يصح رهن المشاع [(٢)].

نوقش هذا من أوجه:

أولًا- لا نُسَلِّم أن القبض شرط لصحة الرهن؛ لأن الله تعالى ذَكَر أعلى أنواع الاستيثاق، وهو القبض؛ لأنهم في حالة السفر وعدم وجود الكاتب، وقد لا يَحصل

---

(١) «المغني» لابن قدامة (٤/ ٢٥٣).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢١/ ٦٩)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٤٢)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٢٧٥).

إلا ذلك؛ ولذلك قال تعالى قبل ذلك: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

فإذا جاز الرهن في الحضر ومع وجود الكاتب، جاز الرهن مقبوضًا وغير مقبوض(١).

ناهيك عن إمكانية القبض في المشاع؛ لأن قبض كل شيء بحَسَبه، كما في قبض المشاع في البيع. والحنفية يُجوِّزون بيع المشاع وجعلوا القبض فيه ممكنًا، ولم يَطردوا ذلك في الرهن فاستحالوا القبض فيه، وهذا اضطراب وتفريق بين متماثلين!! (٢).

ثانيًا- لا نُسَلِّم أن موجب الرهن الحبس الدائم، بل موجبه ومقصوده استيفاء الدَّيْن من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك.

ثالثًا- أن ما ذَكَروه من اشتراط استدامة القبض منقوض بإجازة رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورَهْن مِلك الغير بغير إذنه، فإنها تصح عندهم، وهي تَمنع استدامة القبض! (٣).

رابعًا- وأما قولهم: (إن ذلك يَقتضي أن يكون يومًا رهنًا، ويومًا غير رهن) فغير صحيح؛ لأنه رَهْن في جميع الأيام، وقَبْضه حُكْمًا مستدام؛ لأن الراهن لا يستطيع التصرف في المرهون بما يَضر المُرتهِن. وهذا كافٍ في صيانة حق المُرتهِن، وخروجُه في يوم المهايأة عن يده لا يُزيل حُكْم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمَن رهن شيئًا على أنه يكون في يد مرتهنه يومًا وعلى يدِ عَدْل يومًا، فلم يَمنع ذلك من صحة الرهن(٤).

---

(١) انظر: «أحكام القرآن» لابن العربي (١/ ٣٤٤).

(٢) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٢٦٥).

(٣) «المغني» لابن قدامة (٤/ ٢٥٤).

(٤) انظر: «الحاوي» (٦/ ١٥-١٦) بتصرف.

٢- **القياس على النكاح**، فإنه إذا أضيف النكاح إلى نصف المرأة كان باطلًا عند المجوزين لرهن المشاع، فينبغي أن يقولوا بذلك في رهن المشاع؛ لأن كلًّا منهما قد وقع على غير مُعَيَّن.

نوقش: بأن هناك فَرْقًا بين مقصود النكاح ومقصود الرهن: فالمقصود من النكاح الحِل، والشيوع ينافيه؛ لأنه لا يَجوز أن تتزوج المرأة من رجلين. والمقصود من الرهن التوثيق، والشيوع لا ينافيه.

٣- أن حُكْم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد؛ لأنه وثيقة شُرِعَتْ للاستيفاء، وهذا غير مُتصوَّر في المشاع؛ لأن يد الاستيفاء لا تَثبت إلا على مُعَيَّن، والمشاع غير مُعَيَّن [(١)].

ويناقش من وجهين:

أحدهما- أن ثبوت اليد على المرهون المشاع ممكن، كأن يَرضى الشريك بوضعه في يد المُرتهِن، أو يضعه الحاكم عند التنازع في يدِ عَدْل [(٢)].

الثاني- أن القول بأن المشاع غير مُعَيَّن، وغير المُعَيَّن لا يمكن قبضه غير مُسَلَّم؛ لأن المشاع مُعَيَّن في هذه الأرض المشتركة- مثلًا- وإن كان غير معين في جزء منها بعينه.

ولو صح إطلاق عدم التعيين في المشاع، للزم أن يكون كل واحد من الشريكين غير قابض للمشاع. ولو كانا غير قابضين له لكان مِهملًا، لا يَدَ لأحد عليه، وهذا أمر يُكَذِّبه الدِّين والعِيان. أما الدِّين، فتَصَرُّفهما فيه تَصَرُّف ذي المِلك في مِلكه. وأما العِيان فكَوْنه عند كل واحد منهما مدة يتفقان فيها، أو عند مَن يُتفَق على كونه عنده [(٣)].

---

(١) انظر: «البناية شرح الهداية» للعيني (١٢/ ٤٩٤).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ٣٧٠).

(٣) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٣٦٥).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلة أصحابه، ومناقشتهم أدلة القول الثاني بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا. ولأن الأصل في المعاملات الحِل ولا يَحرم شيء منها إلا بدليل، ولا دليل على التحريم إلا تعليلات لا تَقْوَى على مناهضة هذا الأصل.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد

يَرِد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فاستَثنى الحنفية صورة واحدة من المسألة السابقة يَجوز فيها رهن المشاع.

وهي ما إذا رهن الشريكان معًا أرضًا- مثلًا- مشاعة بينهما لرجل واحد، فتكون الأرض كلها رهنًا لكل الدَّيْن، وإذا قضى أحدهما دَيْنه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن؛ لأن كل واحد منهما رَهَن كل الأرض بما عليه من الدَّيْن لا نصفه، وإن كان المملوك منها لكل واحد منهما النصف؛ لأن الرهن حَبْس، وليس يَمتنع أن تكون الأرض الواحدة محبوسة بكل الدَّيْن، فلم يكن هذا مِن قَبيل رهن المشاع باعتبار عدد المستحقين [(١)].

يجاب عنه: بأن الحنفية وإن كانوا لا يُدْخِلون هذه الصورة في مسألة رهن المشاع، إلا أنها داخلة حقيقة؛ لأن كل واحد من الشريكين يَملك نصف الأرض مِلكًا مشاعًا، وتسليمها إلى المرتهن تسليمًا واحدًا لا يَمنع الشيوع، فإذا أجازوا الرهن في هذه الصورة فإنه يَلزمهم القول بجواز رهن المشاع؛ إذ لا فَرْق؛ لأن ماعَلَّلوا به لإبطال رهن المشاع متحقق في هذه الصورة، فكان لزامًا عليهم إبطالها.

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢١/ ٦٩)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٣٨-١٣٩)، و«مَجْمَع الأنهر» لشيخي زاده (٢/ ٥٩٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٨٩).

ولهذا يقول ابن حزم:

(وأجازوا- أي: الحنفية- أن يَرهن اثنان أرضًا مشاعة بينهما عند إنسان واحد، ومَنَعوا من أن يَرهن المرء أرضه عند اثنين داينهما دَيْنًا واحدًا في صفقة واحدة!

وهذا تخليط ناهيك به!! أول ذلك: أنه قول لا نَعلم أحدًا قاله قبلهم! والثاني: أنه قول بلا دليل! والثالث: أنهم تناقضوا فيه!) [(١)].

الراجح:

سَبَق أن رَجَّحْتُ في المسألة السابقة صحة رهن المشاع. ويَدخل في ذلك ضمنًا ما استثناه الحنفية هنا، لكن الجواز لا يَقتصر على هذه الصورة فقط، فيصح رهن المشاع مطلقًا؛ وبِناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

---

(١) «المُحَلَّى» (٦/ ٣٦٤).

المطلب الثاني

استثناء ما كان على ثمن المبيع- من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب بعض الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة- إلى جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (١).

القول الثاني: ذهب الحنفية، والشافعية في الأصح، والحنابلة في قول- إلى عدم جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه (٢).

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٤٣)، و«البناية» للعيني (١٢/ ٤٧٩)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٦/ ٤٢٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٤/ ٤٨٣)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٥٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ٩٢)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٠٨) و(٤/ ٤٠)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٨٤)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ٣٧٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٢٧).

وقَيَّد الشافعية الجواز- على هذا القول- بما إذا كان الرهن بعد نقد الثمن.

وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢١/ ٧٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٧١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٢٧٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/ ٥٠٨) و(٤/ ٤٠)، =

أدلة القول الأول:

١- أن الرهن لا يتعلق به حق توفية، وإنما المقصود منه التوثيق، فأَشْبَه عقود الإرفاق، وقد حَصَل برضا الطرفين، ولا ضرر فيه بل فيه مصلحة لهما، والشارع لا يأتي بالمنع مِن مِثل هذا.

٢- القياس على البيع ومنافع الإجارة، فكما يَجوز بيع المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه، ومِثله المنافع في الإجارة، فكذلك يَجوز رهن المبيع قبل قبضه، بجامع المِلك في كل (١).

٣- القياس على جواز العتق قبل القبض الثابت بالإجماع.

نوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الشارع يتشوف للعتق بخلاف غيره (٢).

٤- القياس على الشفعة حيث تَثبت قبل القبض.

نوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنها تَثبت لضرورة حفظ الحق.

أجيب عنه: بأنه فارق غير مؤثر (٣).

= و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٨٤)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٢/ ٣٧٥).

واستثنى أبو حنيفة وأبو يوسف العَقَار؛ فإنه يجوز رهنه قبل قبضه؛ لأنه لا يَتسارع إليه الهلاك بخلاف المنقول.

(١) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٣٢٧).

(٢) «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٣٩٤).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٠/ ١٣).

أدلة القول الثاني:

١- لأن المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، فإذا هَلَك ذهب بالثمن، فلا يجب على البائع شيء، والرهن لا يَجوز إلا بالأعيان المضمونة بنفسها [١].

٢- ولأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن، ولا يصح أن يكون الشيء الواحد مضمونًا بضمانين مختلفين؛ لأنه مُحال [٢].

٣- ولأن مِن شرط العين المرهونة أن تكون مملوكة للراهن، والمبيع قبل القبض ليس كذلك [٣].

نوقش: بأن قولهم مبنيّ على القول بعدم جواز بيع المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه، واستصحبوا النزاع في الرهن وقاسوه على البيع. وهو قياس مع الفارق؛ لأن البيع قُصِد به المعاوضة الصريحة، والرهن قُصِد به التوثيق، فأَمْره أهون وأسهل.

ولأن النبي ﷺ إنما نَهَى عن بيع المبيع قبل قبضه على غير بائعه؛ لئلا يربح فيما لم يَدخل في ضمانه، ولئلا يَربح ربحًا يغار منه البائع ويحاول فسخ البيع. وهذا غير متحقق في الرهن [٤].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه؛ لأن عموم الأقيسة تدل على اضطراد ذلك في الشريعة.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٧١)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ٢٧٨).

(٢) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٩٣).

(٣) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٨٤).

(٤) انظر: «القواعد» لابن رجب (ص ٨٠).

ومن ذلك: إجماعهم على جواز التصرف في الثمن والصَّدَاق قبل القبض، وكذا الزوج في بدل الخُلع، وكذا رَبّ الدَّيْن في الدَّيْن إذا مَلَكه غيره وسَلَّطه على قبضه. فهذه كلها تدل على أن الأصل الجواز في التصرف ما لم يَرِد دليل على منعه.

وهذا القول مُوافِق للأصل العام في المعاملات، وهو الإباحة (١).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما كان على ثمن المبيع

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنابلة في وجه إلى عدم جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه، إذا كان الرهن على ثمنه (٢).

ودليلهم على ذلك: أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولًا، والرهن يقتضي تسليم الثمن أولًا. ولأن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع، والرهن يقتضي إيفاء الثمن منه. ولأن البيع يقتضي إمساك المبيع مضمونًا، والرهن يقتضي عدم الضمان. وهذا يوجب تناقض الأحكام (٣).

نوقش: بأن الثمن صار دَيْنًا في الذمة، والمبيع صار مِلكًا للمشتري، فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديون (٤).

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٠/ ١٣)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ٥١٤-٥١٥).

(٢) كمَن باع كتابًا بعَشَرة دراهم لمدة ستة أشهر، ورَهَن نفس الكتاب على ثمنه قبل أن يقبضه المشتري.

(٣) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ٣٧٤).

(٤) «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٢٧).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ وبِناء عليه يَجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه على ثمنه وغيره.

المطلب الثالث

استثناء تغير حال العدل [(١)]
من عدم جواز نقل الرهن عن يده

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم نقل الرهن عن يد العدل

اتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة -ولم أجد لهم مُخالِفًا-على عدم جواز نقل الرهن عن يد العدل الذي وُضِع عنده الرهن للحفظ والإمساك من دون البيع [(٢)]

---

(١) **المراد بالعدل هنا**: مَن يَجوز توكيله وهو الجائز التصرف- الحُر البالغ الرشيد-سواء أكان مسلمًا أم كافرًا، عدلًا أم فاسقًا، ذَكَرًا أم أنثى، وهو مَن يثق به الراهن والمُرتهِن لحفظ الرهن. والعدل هنا يختلف عن العدل في الرواية والشهادة. انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٤٣).

(٢) **قد تشكل هذه المسألة بمسألة أخرى ليس هذا محل بحثها، وهي عزل العدل المُوكَّل ببيع العين المرهونة**، فهذه تختلف عن مسألتنا؛ لأن العدل قد يكون لحفظ الرهن فقط، وقد يكون لبيعه فقط، وقد يكون للحفظ والبيع جميعًا.

ومسألتنا في العدل الذي يَحفظ الرهن فقط، وهي متفق عليها بين المذاهب الأربعة، بخلاف العدل المُوكَّل بالبيع، فإن الحنابلة والشافعية أجازوا للراهن عزل العدل. وفَصَّل الحنفية فيما إذا كان تسليط الوكيل على البيع كان في عقد الرهن، فلا يَجوز للراهن عزله، وإن كان متأخرًا عن العقد فللراهن عزله.

هذا فيما يتعلق بالراهن، أما المُرتهِن فجماهير العلماء على أنه ليس له عزل العدل. وأجاز الشافعية له ذلك في وجه. =

ما لم يتفق الراهن والمرتهن على ذلك [١].

ودليلهم على ذلك: أنه تعلق به حقهما؛ لأن حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته، وحق المرتهن في الاستيفاء، فلا يَملك كل واحد منهما إبطال حق الآخَر [٢].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء تغير حال العدل

ذهب الحنابلة إلى استثناء حالة واحدة من قولهم السابق، وهي ما إذا تَغَيَّرَ حال العدل، بأن ضَعُفَتْ أمانته عن حفظ المرهون، أو حَدَثَتْ بينه وبين الراهن أو المرتهن عداوة. فأجازوا لأي واحد منهما- الراهن أو المُرتهِن- نَقْل الرهن عن يده [٣].

ودليلهم على ذلك: أن حاجة الرهن للحفظ تقتضي اعتبار قدرة العدل على ذلك؛ مراعاة لمصلحة الراهن والمُرتهِن، فإذا زالت هذه الصفة بأن تَغَيَّرَ حال العدل،

= انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٥١)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٥٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٩٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المقنع والإنصاف» (١٢/ ٤٦٢).

(١) انظر: «العناية» للبابرتي (١٠/ ١٧٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٨١)، و«تكملة البحر الرائق» للطوري (٨/ ٢٩١)، و«الذخيرة» للقرافي (٥/ ٢٣)، و«التاج والإكليل» لابن المَوَّاق (٦/ ٥٧١)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٥٤)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٥/ ٤٧٢)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٢٢٠)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٢٦٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٤٤).

(٢) انظر: «تكملة البحر الرائق» للطوري (٨/ ٢٩١)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٢٢٠).

(٣) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٢/ ٤٤٩)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٤٥).

فإن المصلحة تقتضي جواز نقل الرهن عنه [(١)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول باستثناء تغير حال العدل؛ لأن في بقاء الرهن عنده إضرارًا بالراهن والمُرتهِن، وقد جاءت الشريعة بدفع الضرر قبل وقوعه، وهذا أصل متقرر في أبواب الفقه كافة.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهي ظاهرة باعتبار مصلحة الراهن والمُرتهِن في نقل الرهن عن العدل إذا تَغَيَّرَ حاله، وهو مِن قَبيل دفع الضرر قبل وقوعه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) وهو ظاهر باعتبار الضرر المتوقع على الراهن والمرتهن بتغير حال العدل؛ لأن تغير حال العدل مَظِنة لهلاك الرهن بيده، فجاز للراهن أو المرتهن في هذه الحالة عزله ونَقْل الرهن عن يده [(٢)].

---

(١) انظر: «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٤٥).

(٢) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص١٦٥).

المبحث الثاني

المُستثنَيات في باب الضمان

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: استثناء حال تَعَذُّر مطالبة المضمون عنه- من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن.

المطلب الثاني- استثناء الميت المُعْسِر من صحة ضمان دَيْن الميت.

المطلب الثالث: استثناء ما أَتْلَفتِ البهيمة إذا كانت في يد إنسان- من عدم الضمان فيما أتلفته.

المطلب الرابع: استثناء آنية الخمر المُنتفَع بها في غيره- من عدم ضمان آنية الخمر إذا كُسِرَتْ.

المطلب الخامس: استثناء ما إذا وَثَّق المَدين دَينه برهن أو كفيل- من جواز منع الغريم المَدينَ من السفر.

المطلب السادس- استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان في الأمانات.

المطلب السابع- استثناء مَن عليه حد أو قِصاص من صحة الكفالة بالبدن.

المطلب الأول

استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه- من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن (١)

---

(١) **الضمان في اللغة:**

قال ابن فارس: (الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جَعْل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضَمَّنْتُ الشيء، إذا جعلتَه في وعائه. والكفالة تسمى ضمانًا من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضَمِنه فقد استوعب ذمته. «مقاييس اللغة» (٣/ ٣٧٢) مادة (ضمن).

وفي اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفه الحنفية بأنه: إعطاء مِثل الشيء إن كان من المِثليات، وقيمته إن كان من القيميات. «مجلة الأحكام العدلية» (١/ ٨٠).

وعَرَّفه المالكية بأنه: شَغْل ذمة أخرى بالحق. «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣١).

وعَرَّفه الشافعية بأنه: حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار مَن هو عليه، أو عين مضمونة. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١٩٨).

وعَرَّفه الحنابلة بأنه: ضَمُّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. «المغني» لابن قدامة (٤/ ٣٩٩).

فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يُطْلِقون لفظَي الضمان والكفالة كلًّا منهما على الآخَر، ويرون أنهما مترادفان، ويَدخل فيهما ضمان المال والنفس والطلب. وذلك عند التزام المُكلَّف بعقد الكفالة، ويَستعملون الضمان لِما هو أعم من ذلك، سواء أكان بعقد الملتزم أم الضرر أم الاعتداء أم غيره.

أما الحنفية فيطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال والنفس، والكفالة بالفعل. ويُطْلِقون الضمان على ما هو أعم، فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد. فكل كفالة ضمان وليس كل ضمان كفالة. =

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مطالبة صاحب الحق للضامن

اختلَف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- ذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن صاحب الحق ليس له مطالبة الضامن، وأن المطالبة تتوجه ابتداءً للمَدين. وهو اختيار ابن القيم [(١)].

القول الثاني: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة- إلى أن صاحب الحق بالخيار: إن شاء طَالَب الأصيل، وإن شاء طَالَب الكفيلَ- الضامن- وله مطالبتهما معًا. وكان الإمام مالك يقول به، ثم رجع عنه إلى القول الأول [(٢)].

أدلة القول الأول:

١- أن الضامن فرع والمضمون عنه أصل، والقاعدة الشرعية تقتضي ألا يصار إلى الفرع مع وجود الأصل، كالتراب في الطهارة، والصوم في

= ومن الفقهاء مَن يرى تخصيص الضمان بالمال. أما الكفالة فيراد بها الضمان بالنفس. وقد شاع هذا عند الشافعية والحنابلة.

انظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» لعليّ الخفيف (ص٨-١٠)، و«نظرية الضمان» للزحيلي (ص٢٢).

(١) انظر: «شرح الخرشي» (٦/ ٢٨)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣٧)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ٢١٧)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣٠٩). وقد سبقت ترجمة ابن القيم.

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٠-١١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٣)، و«العناية» للبابرتي (٧/ ١٨٢)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣٧)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٦٤)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٥٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٨)، و«حاشية الروض المربع» لابن قاسم (٥/ ١٠٠).

كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل. وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه.

٢- أن الضامن لم يوضع لتعدد محل الحق، بل وُضِع ليَحفظ صاحبُ الحق حقه من الهلاك، وتكون مطالبة المضمون عنه هي الأصل، فلم يَنصب الضامنُ نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل. وهذا أمر مستقر في فِطَر الناس ومعاملاتهم، بحيث لو طالب الضامنَ، والمضمونُ عنه إلى جانبه، والدراهم في كمه وهو متمكن من مطالبته، لاستقبحوا ذلك غاية الاستقباح [١].

٣- أن الضمان توثقة وحِفظ للحق، فهو جارٍ مَجرى الرهن، ومعلوم أن المُرتهِن لا يَستوفي حقه من الرهن مع إمكانه استيفاءه من الراهن. فكذلك الضمان لا يَستوفي صاحب الحق من الضامن مع وجود المضمون عنه [٢].

نوقش: بأن قياس الضمان على الرهن قياس مع الفارق؛ لأن الرهن مالُ مَن عليه الحق وليس بذي ذمة يُطالَب، إنما يُطالَب مَن عليه الدَّيْن ليُقْضى منه أو من غيره[٣].

يجاب عنه: بأن الرهن يكون في العين، أما الضمان فيكون الرهن في الذمة، وأقامها الشارع مُقام رهن الأعيان؛ للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها [٤].

---

(١) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣٠٩-٣١٠).

(٢) انظر: «مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ٢١٧).

(٣) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٨) .

(٤) «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣١٠).

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أن: «الزعيم غارم» (١).

وَجْه الدلالة: أن الزعيم هو الضمين، وكَوْنه غارمًا، أي: مُلزِمًا نفسه ما ضمنه، والغُرْم أداء شيء يَلزمه، فمَن ضَمِن دَيْنًا لزمه أداؤه، فيجوز لصاحب الحق مطالبة أيهما شاء؛ لثبوت الحق في ذمتيهما (٢).

نوقش: بأن الحديث ليس فيه دلالة على حق اختيار المضمون له مطالبة الضامن أو المضمون عنه، ولا عموم للحديث؛ لأن الضمين لا يكون غارمًا بكل الأحوال، بدلالة ما لو أدى الأصيل ما عليه فإن الضمين لا يكون غارمًا. وهذا يؤكد أن الضمين فرع عن الأصيل، ولا يصار إلى الفرع مع وجود الأصل (٣).

٢- ولأن الكفالة تُنبِئ عن الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة، والضم يقتضي التسوية بينهما في رجوع الدائن على مَن شاء منهما (٤).

نوقش: بأنه لا يصح الاحتجاج بأن الضمان مشتق من الضم لوجهين:

أولًا- أن (الضم) من المُضاعَف، و(الضمان) من الضمين، فمادتهما مختلفة ومعناهما مختلف، وإن تشابها لفظًا ومعنى في بعض الأمور.

ثانيًا- أنه لو كان مشتقًّا من الضم، فالضم قَدْر مشترك بين ضم يُطالَب معه استقلالًا وبدلًا، والأعم لا يَستلزم الأخص، وإذا كان كذلك فإن هذا القدر المشترك يتحدد بأدلة أخرى، كقاعدة: (لا يصار إلى البدل مع وجود الأصل) (٥).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «عون المعبود» (٩/ ٣٤٧) بتصرف. وانظر أيضًا: «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٥٨).

(٣) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣١٠).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٣)، و«العناية» للبابرتي (٧/ ١٨٢).

(٥) انظر: «إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣١٠).

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قويّ، ولكنني أميل إلى ما ذهب إليه الإمام مالك وابن القيم؛ لقوة أدلتهم.

وعَمَل المحاكم عندنا على قول الجمهور، والأمر في المحاكم منوط بالمصلحة، فقد يُحْكَم بقول مرجوح للمصلحة في تلك الواقعة.

ولكنني هنا في صدد بيان الحكم الشرعي، وقد يختلف هذا الحُكْم في نظر المفتي والقاضي في كل واقعة بحَسَبها، والله أعلم.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ اسْتَثْنَوْا حالة واحدة يَجوز للدائن فيها مطالبة الضامن، وهي ما إذا تَعَذَّر استيفاء الدَّيْن من الأصيل [(١)].

ويُستدَل لهم بأدلتهم السابقة نفسها؛ فجعلوا الأصيل هو المُطالَب ابتداءً، فإذا تَعَذَّرَ الاستيفاء منه بأن كان غائبًا ولا مال له، أو كان مماطلًا أو مُعسرًا، فيحق للدائن مطالبة الضامن هنا، كحال المُرتهِن مع الرهن إذا تَعَذَّرَ استيفاء الدَّيْن من الراهن.

وسبقت مناقشة هذا القول والجواب عن أدلة المخالفين في اعتراضهم على قياس الضمان على الرهن.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن قاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، كالتراب في الطهارة.

---

(١) انظر: «شرح الخرشي» (٦/ ٢٨)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣٧)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ٢١٧)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (٣/ ٣٠٩).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهي مصلحة حفظ حقوق الناس، وهي الحكمة التي شُرِع من أجلها الضمان؛ لأن البائع والمشتري قد لا يتوفر معهما الثمن أو المُثَمَّن، وقد لا يَطمئن البائع إلى المشتري، فيَحتاج إلى مَن يَكفله بالثمن، أو لا يَطمئن المشتري إلى البائع، فيَحتاج إلى مَن يَكفله في المبيع.

ولو مَنَعْنَا الدائن من الرجوع على الضامن ومطالبَته في حال تعذر الاستيفاء من المَدين، فإن مصالح الناس تتعطل، وتضيع أموالهم في أيدي المماطلين، وحَسْبك بهذا مَفسدة!

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (إذا تَعَذَّرَ الأصل يصار إلى البدل) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) لأن في تسويغنا للدائن مطالبة الضامن إذا تَعَذَّرَ الاستيفاء من المَدين- تيسيرًا عليه من مشقة ملاحقة المَدين ومماطلته(١).

(١) انظر: «القواعد» للمقريّ (٢/ ٤٦٩)، و«الوجيز» للبُورنو (١/ ٢٤٦).

المطلب الثاني

استثناء الميت المُعْسِر من صحة ضمان دَيْن الميت

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان دَيْن الميت

اتفقت المذاهب الأربعة على جواز ضمان دَيْن الميت [(١)].

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه أُتِي بجنازة ليُصلِّي عليها، فقال: «هل عليه من دَين؟» قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أُتِي بجنازة أخرى، فقال: «هل عليه من دَين؟» قالوا: نعم. قال: «صَلُّوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة [(٢)]: عَليَّ دَيْنه يا رسول الله. فصَلَّى عليه [(٣)].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٦)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٩)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ٢٠٤)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٨٢)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣١)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٥٤)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٤٧)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٦٨).

(٢) هو الحارث بن رِبْعي، الأنصاري الخزرجي السُّلَمي. وقيل: اسمه عمرو. والأول أشهر.
وُلِد قبل الهجرة بثماني عَشْرة سنة، كان يقال له: (فارس رسول الله)، شَهِد أُحُدًا وما بعدها، تُوفي بالكوفة في خلافة علي. وقيل: مات بالمدينة سنة أربع وخمسين.
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ٢٨٩)، و«الإصابة» لابن حجر (٧/ ٢٧٢).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحَوَالات، باب مَن تَكَفَّلَ عن ميت دَيْنًا، فليس له أن يرجع (٣/ ٩٦) برقم (٢٢٩٥).

وَجْه الدلالة: أن النبي ﷺ أَقَر أبا قتادة في ضمانه دَيْن الميت؛ ولذلك صلى عليه.

٢- ولعموم قول النبي ﷺ: «الزعيم غارم» (١).

وَجْه الاستدلال: أن مَن ضَمِن دَيْنًا، لزمه أداؤه، سواء أكان المضمون عنه حيًّا أم ميتًا.

٣- ولأن الدَّيْن وجب في حياته، والموت لا ينافي بقاء الدَّيْن؛ لأنه مال حُكْمي، ولم يوجد المُسْقِط، وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه. ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك (٢).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الميت المعسر

ذهب أبو حنيفة إلى استثناء حالة واحدة من قوله السابق، وهي ما إذا كان الميت مفلسًا، فإنه لا يصح ضمان دَيْنه (٣).

ودليله على ذلك: أن الحقوق تَثبت في أحد محلين: إما في ذمة، أو عين. والميت لا ذمة له فيَثبت الدَّيْن فيها، والمُعسِر ليس له عين مال يتعلق الحق بها. فثَبَت أن دَيْن الميت إذا كان مُعسرًا ساقط لعدم محل يتعلق به. وإذا سقطت في حق الأصيل فلا يمكن إيجابها على الضامن تبعًا (٤).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ٢٠٤).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٦)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٩).

(٤) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ٢٠٤).

نوقش من أوجه:

أولًا- عموم حديث أبي قتادة السابق، فإنه لم يُستثنَ المفلس من غيره، ولا دليل على إخراجه من هذا العموم.

ثانيًا- أن دَيْن الميت المفلس يُعَد دَيْنًا ثابتًا، فصَحّ ضمانه كغير المفلس. ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دَيْنه، جاز لصاحب الدَّيْن اقتضاؤه [(١)].

ثالثًا- أنه ثَبَت لو أن رجلًا ضَمِن عن رجل مالًا ثم مات المضمون، لم يَبرأ الضامن؛ فدل على أن الحق لازم للمضمون عنه، لم يَسقط عنه بموته معسرًا؛ إذ لو برئت ذمة المضمون لبرئت ذمة الضامن.

بدليل قول النبي ﷺ: «نَفْس المؤمن مُعَلَّقة بدَيْنه حتى يُقضَى عنه» [(٢)] والمراد: أن أَمْرها موقوف، لا حُكْم لها بنجاة ولا هلاك حتى يُنظَر هل يُقضَى ما عليها من الدَّيْن أم لا [(٣)].

رابعًا- ولأن كل ما لم يكن شرطًا في ضمان دَيْن الحي، لم يكن شرطًا في ضمان الدَّيْن عن الميت. وليس اليسار شرطًا في ضمان دَيْن الحي، فالميت كذلك.

خامسًا- أما قوله- أي: أبي حنيفة- بأنه لم يَبْقَ لدَيْن الميت المعسر محل، فهو استدلال يدفعه الإجماع؛ لأنهم أجمعوا أن الميت يَلقى الله ﷻ يوم يلقاه بوجوب الدَّيْن

---

(١) انظر «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات، باب التشديد في الدَّيْن (٢/ ٨٠٦) برقم (٢٤١٣).

والترمذي في أبواب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «نَفْس المؤمن مُعَلَّقة بدَيْنه حتى يُقضَى عنه» (٣/ ٣٨١) برقم (١٠٧٩) وقال: هذا حديث حسن.

(٣) انظر: «حاشية السِّندي على سُنن ابن ماجه» (٢/ ٧٦)، و«تحفة الأحوذي» للمباركفوري (٤/ ١٦٤).

عليه، ويَستحق صاحب الدَّيْن يوم القيامة عِوَضًا به. ولو كان قد سَقَط لما استَحق ذلك عليه. وإذا كان الإجماع على هذا حاصلًا، كان ما استُدل به فاسدًا [١].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لعموم الأدلة. ولعدم الدليل على استثناء ضمان دَيْن الميت المفلس .

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٥٤-٤٥٥).

المطلب الثالث

استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان- من عدم الضمان فيما أتلفته

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان فيما أَتلفتِ البهيمة

اختَلَف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة- إلى تضمين أصحاب البهائم فيما أفسدته البهائم ليلًا، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهارًا (١).

---

(١) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ٨٨) و (٧/ ٢١)، و«الاستذكار» له أيضًا (٨/ ١٤٢)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠٧)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ٢١٩)، و«الحاوي» للماوردي (١٣/ ٤٦٦)، و«المهذب» للشيرازي (٣/ ٢٦٤)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٩/ ٢٦٠-٢٦١)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٥/ ٣٦٤)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٣٣٧-٣٤٠)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٢٨)، و«حاشية ابن قاسم على الروض المربع» (٥/ ٤١٨).

والشافعية يطردون هذا مع العادة الجارية في البلد، فلو جَرَتْ عادة قوم بإرسال المواشي ليلًا وحَبْسها نهارًا، انعكس الحكم على الأصح عندهم.

وحَصَر المالكية في المشهور عندهم الضمان في الزرع والحرث، وهو رواية عن الإمام أحمد؛ لأن حديث البراء- سيأتي الكلام عليه- حَصَره في النفش بالليل، فيبقى ما عدا الزرع والحرث داخلًا في عموم حديث العجماء- سيأتي-.

وفي رواية عنهما أيضًا: أن التضمين عامّ في كل الأموال، وذلك بقياس الزرع والحرث على سائر الأموال، فكلها أموال محترمة شرعًا. =

القول الثاني- ذهب الحنفية والظاهرية إلى عدم تضمين أصحاب البهائم فيما أتلفته، ليلًا أو نهارًا (١).

القول الثالث- ذهب بعض المالكية إلى تضمين أصحاب البهائم فيما أتلفته مطلقًا، ليلًا ونهارًا (٢).

القول الرابع- وهو مرويّ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ إذ فرَّق بين المنفلت الذي لا يمكن حفظه، وغير المنفلت الذي يمكن حفظه. فالأول لا ضمان فيما أتلفه، أما الثاني ففيه الضمان (٣).

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ﴾ (٤).

= أما الشافعية، فأطلقوا الضمان في الأموال والدماء. وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، وهو اختيار ابن تيمية. وهو الأرجح؛ لأن حديث البراء عامّ في كل ما أَفْسَدَتِ البهيمة وليس التخصيص بالنفش؛ لأنه مِن شَرْع مَن قبلنا، وهو غير مُتفَق على التخصيص به، ولكن المخصوص هو إفساد الليل.

ويجاب عمن حصر الضمان بالأموال بأن شأن الإفساد واحد، كما أن شأن الأموال واحد.

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ٢٧٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٥١)، و«البناية» للعيني (١٣/ ٢٦٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦٠٨)، و«المُحلَّى» لابن حزم (١١/ ١٩٩).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠٧)، وانظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٨٨-٣٨٩).

(٣) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٨٨).

(٤) سورة الأنبياء: الآية (٧٨-٧٩).

قال ابن عبد البر في «التمهيد»:

(ولا خلاف بين أهل اللغة أن النَّفْش لا يكون إلا بالليل، وكذلك قال جماعة العلماء بتأويل القرآن) (١).

ووَجْه الدلالة من الآية: أن داود وسليمان حَكَما على صاحب الغنم بالضمان فيما أتلفته غنمه من الحرث ليلًا.

٢- ما رُوِيَ أن ناقة للبراء (٢) دخلت حائطًا لقوم، فأفسدت فيه، فقَضَى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حِفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها (٣). وهو نص صريح في وجوب الضمان بالليل.

ووَجْه التفريق: أن عادة أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحِفظها ليلًا. وعادة أهل الحوائط حفظها نهارًا من دون الليل. فإذا ذهبت ليلًا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقتِ عادة الحفظ. وإن أتلفت نهارًا كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم (٤).

ولو مُنِع الناس مِن ترك مواشيهم للرعي من أجل الزرع، لَلَحِقتهم في ذلك مَضرة ومشقة (٥).

---

(١) (١١/ ٨٤) وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٢) هو الصحابي الفقيه الكبير، أبو عُمَارة البراء بن عازب بن الحارث، الأنصاري الحارثي المدني.

روى حديثًا كثيرًا، وشَهِد غزوات كثيرة مع النبي ﷺ واستُصغِر يوم بدر، تُوفي سنة اثنتين وسبعين. وقيل: تُوفي سنة إحدى وسبعين، عن بِضع وثمانين سنة.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ١٥٥)، و«السِّيَر» للذهبي (٣/ ١٩٤-١٩٦).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٣٣٨).

(٥) «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ٨٧).

دليل القول الثاني:

ما جاء عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ»(١)، و(العجماء): هي البهيمة. و(الجُبَار): الهَدَر الذي لا شيء فيه.

وهذا نص في المسألة، وعمومه ينفي ضمان ما تُفسِده ليلًا أو نهارًا، فهو ناسخ لما استَدل به أصحاب القول الأول(٢).

نوقش من أوجه:

أولًا- أن دعوى النَّسْخ مردودة لسببين:

أ) أن النَّسْخ لا يصار إليه إلا عند التعارض ولتَعَذُّر الجَمْع، وذلك فيما إذا لم يمكن استعمال أحد الدليلين إلا بنفي الآخَر. وليس بين الحديثين تعارض، فحديث العجماء متفق على عمومه فيُخَص منه ما دل عليه حديث البراء.

ب) أن النَّسْخ يُشترط للقول به ثبوت التاريخ للنصين كليهما حتى يَنسخ المُتأخِّر المُتقدِّمَ، ولا دليل على التأخير، والنَّسْخ لا يَثبت بالاحتمال مع الجهل بالتاريخ.

ثانيًا- أن حديث أبي هريرة عامّ، وحديث البراء خاص، والخاص مُقَدَّم على العامّ(٣) لأن النبي ﷺ لما قال: «العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ» وقضى فيما أفسدت العجماء بشيء في حال مِن دون حال؛ دل ذلك على أن ما أصابت العجماء في حال جُبَار وفي حال غير جُبَار(٤).

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الدِّيَات، باب المَعدِن جُبَار والبئر جُبَار (٩/ ١٢) برقم (٦٩١٢).ومسلم، كتاب الحدود، باب جَرْحِ العجماء، والمَعدِن، والبئر جُبَار (٣/ ١٣٣٤) برقم (١٧١٠).

(٢) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (١٢/ ٢٥٥). (٣) انظر: «تفسير القرطبي» (١١/ ٣١٥).

(٤) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ٨٥).

ثالثًا- أَنَّ شَرْع مَن قبلنا شَرْع لنا إذا ثَبَت بشرعنا أنه شَرْع لنا. وهذا بالإجماع، وقد ثَبَت اتفاق داود وسليمان على تضمين صاحب الغنم وإن اختلفا في صفة التضمين. وقد ثَبَت في قصة ناقة البراء أن النبي ﷺ قَضَى بتضمين أصحاب المواشي ما أتلفت ليلًا (١).

أدلة القول الثالث:

١- عموم الأدلة التي تدل على حرمة مال المسلم، كقول النبي ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم...عليكم حرام» (٢).

نوقش: بأن الأحاديث العامة لا تُعارِض حديث البراء، فيُحْمَل حديث البراء على وجه، ويبقى العموم فيما عدا ذلك جَمْعًا بين الأدلة.

٢- أن إرسال هذه البهائم يُعَدّ تعديًا من المُرسِل، والأصول تقتضي الضمان على المتعدي (٣).

نوقش من وجهين:

أولًا- لا نُسَلِّم أن كل إرسال تَعَدٍّ، ومحل كونه تعديًا من المُرسِل إذا لم يتسبب المالك في الإتلاف، وإلا فالتعدي من المالك لا من المُرسِل. فإذا تَرَك المالك حفظ زرعه نهارًا، فقد تسبب في إتلافه فلا ضمان على صاحب البهيمة. وصاحب الزرع إنما أُتِي مِن قِبل نفسه، حيث لم يحفظه في الوقت الذي الأغلب من الناس أنهم يحفظونه فيه ممن أراده (٤).

---

(١) انظر: «مذكرة الشنقيطي في أصول الفقه» (ص ١٩٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠٨).

(٤) انظر: «تهذيب الفروق» لمحمد علي حسين (٤/ ٢١٢).

ثانيًا- سَلَّمْنا جدلًا أن كل إرسال تَعَدٍّ، لكن هذا مُخالَف للأصول الصحيحة التي جعلها الرسول ﷺ أصلًا، وهو حديث البراء وحديث العجماء. ففي هذا القول هدر لهما [(١)].

دليل القول الرابع- أن البهيمة غير المنفلتة يمكن حفظها، فيجب ضمان ما تتلفه. أما المنفلتة فإن صاحبها لا يَقدر على حفظها، فلا يجب عليه ضمان ما تتلفه [(٢)].

نوقش: بأن هذا التفصيل لم تَرِد به السُّنة الصحيحة، بل فيه إهمال لدلالة الحديثين الواردين [(٣)].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لأن فيه جَمْعًا بين الأدلة، وهذا أَوْلَى من إعمال أحدهما وإهمال الآخَر [(٤)].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذا الباب مُعارَضة الأصل للسماع، ومُعارَضة السماع بعضه لبعض، فالأصل أن على المتعدي الضمان، والمُرسِل للحيوان مُتعدٍّ بإرساله فوجب عليه الضمان، وهذا مُعارَض بحديث: «العجماء جُبَار»، ويُعارِض أيضًا التفرقة التي في حديث البراء، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تُعارِض أيضًا حديث «العجماء جُبَار» [(٥)].

---

(١) انظر: «نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٨٩).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠٨).

(٣) انظر: «نَيْل الأوطار» (٥/ ٣٨٩).

(٤) انظر: «شرح صحيح البخاري» لابن بَطَّال (٨/ ٥٦٣).

(٥) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠٨).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان (١)

يَرِد الاستثناء على القول الأول والثاني في المسألة السابقة؛ إذ اتفقت المذاهب الأربعة والظاهرية على أن البهيمة إذا أتلفت شيئًا (٢) وكانت في يد إنسان، ففي هذه الحالة أوجبوا الضمان فيما أتلفته، سواء أكان الإتلاف ليلًا أم نهارًا، ويكون على مَن هي بيده (٣).

ودليلهم على ذلك:

١- أن البهيمة إذا كانت بيد إنسان، فإِنَّ فِعلها منسوب إليه؛ لأنها كالآلة في يده (٤).

٢- ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كانت يده عليها، بخلاف ما لا يد له عليها (٥).

---

(١) **التعبير بـ(إنسان) أعم وأشمل من التعبير بـ(يد صاحبها)**؛ لأن الأول يشمل يد صاحبها ويشمل المستعير والغاصب والمُستأجِر... وغيرهم، بخلاف الثاني.

(٢) **وهذا مرتبط بما سبقت الإشارة إليه**، فمِن الفقهاء مَن يُقيِّد الضمان بالزرع والحرث. ومِنهم مَن يعممه على سائر الأموال. ومِنهم مَن يُطْلِق ذلك في الأموال والدماء.

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ١٥١-١٥٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦٠٣)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ (١/ ٢١٩)، و«الحاوي» للماوردي (١٣/ ٤٦٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٢٥- ١٢٨)، و«المُحَلَّى» لابن حزم (١١/ ١٩٩).

واتفاقهم هذا في الجملة؛ لأنهم اختلفوا في بعض الصور، كالضمان فيما جنت الدابة برِجلها من دون يدها.

(٤) انظر: «الحاوي» للماوردي (١٣/ ٤٦٦).

(٥) انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ٨٧).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة القائلين به. ولأن الأصل أن الإنسان مسئول عما تحت يده؛ لقوله تعالى حكاية عن يوسف: ﴿قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأۡخُذَ إِلَّا مَن وَجَدۡنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ إِنَّآ إِذٗا لَّظَٰلِمُونَ ٧٩﴾ [1].

سبب الاستثناء: الاستحسان.

قال الزيلعي:

(الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا يَجوز إضافته إلى غيره، إلا أنَّا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وُجِد منه السَّوْق، فأضفناه إليه استحسانًا صيانة للأنفس والأموال. وإذا لم يوجد منه السَّوْق بقي على الأصل) [2]. ومراده بالأصل عدم التضمين عندهم كما سبق.

---

(١) سورة يوسف: الآية (٧٩).

(٢) «تبيين الحقائق» (٦/ ١٥٢) للزيلعي.

المطلب الرابع

استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره- من عدم ضمان آنية الخمر إذا كُسِرَتْ

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان كسر آنية الخمر:

صورة المسألة: إذا كَسَر مسلم آنية خمر لمسلم آخَر، فقد اختَلفِ العلماء في ضمان هذه الآنية على ثلاثة أقوال:

القول الأول- ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والمذهب عند الحنابلة[٤]

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٦٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٣٧)، و«ملتقى الأبحر» لإبراهيم الحلبي (١/ ٩٨)، و«البحر الرائق» لابن نُجَيْم (٨/ ١٤٢)، و«مَجْمَع الضمانات» لأبي محمد البغدادي (١/ ١٣٢)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢١٢).

(٢) انظر: «المدونة» للإمام مالك (٢/ ٢٤٨) و(٣/ ٢٩٥، ٤٣٧) و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٢٨٠)، و«شرح الخرشي» (٤/ ١٤) و (٦/ ١٣٥).

(٣) وقولهم هذا تخريج على قولهم في كسر آلات اللهو والمعازف وكَسْر الصليب والصنم، فإنهم اتفقوا على عدم الضمان في كسرها. واختلفوا في الحد المشروع لإبطالها، فمَن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع فلا شيء عليه، ومَن جاوزهما فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به.

انظر: «فتح العزيز» للرافعي (١١/ ٢٥٩-٢٦٠)، و«المجموع» للنووي (٩/ ٢٥٦)، و«روضة الطالبين» له أيضًا (٥/ ١٧).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٣٥٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١١٦، ١٣٣)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٢٨/ ١١٣).

إلى عدم ضمان آنية الخمر إذا كُسِرَتْ.

القول الثاني- وهو قول عند الحنفية، وقول عند الحنابلة (١) أنه إذا لم يَقدر على إراقة الخمر إلا بكسر آنيته فلا ضمان فيها. أما إذا قَدَر على إراقتها من دون كَسْرها فكَسَرَها، فهو ضامن لها.

القول الثالث- وهو قول للإمام مالك-: الضمان على مَن كَسَر آنية الخمر (٢).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن أبي طلحة (٣) رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أنه قال: يا نبي الله، إني اشتريتُ خمرًا لأيتام في حجري. قال: «أَهْرِق الخمر، واكسر الدِّنَان» (٤) أي: الآنية.

---

(١) انظر: «البناية» للعيني (١١/ ٢٧٠).

(٢) انظر: «البيان والتحصيل» للمَوَّاق (١٦/ ٢٩٧).

(٣) هو زيد بن سهل بن الأسود، النَّجَّاري الأنصاري.

مولده في المدينة سنة (٣٦هـ) قبل الهجرة، صحابي من الشجعان الرماة المعدودين في الجاهلية والإسلام، ولما ظَهَر الإسلام كان من كبار أنصاره، فشَهِد العقبة وبدرًا وأُحُدًا والخندق وسائر المَشاهد، وكان جَهير الصوت.

تُوفي سنة (٣١هـ) وقيل: (٣٢هـ)، وكان غازيًا في البحر، فلم يجدوا له جزيرة يدفنونه بها إلا بعد سبعة أيام، فدفنوه بها وهو لم يتغير.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٥٥٣-٥٥٤)، و«الإصابة» لابن حجر (٧/ ١٩٤).

(٤) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك (٣/ ٥٨٠) برقم (١٢٩٣) وقال: هذا أصح من حديث الليث.

وحَسَّنه الألباني في تعليقه على «سُنن الترمذي».

وأخرجه الدارقطني في «سُننه»، كتاب الأشربة وغيرها، باب اتخاذ الخل من الخمر (٥/ ٤٧٧) برقم (٤٧٠٢). =

وَجْه الاستدلال: أنه إذا جاز كسر آنية الخمر انتفى ضمانها؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان.

٢- ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أَمَرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمُدْيَة [١]، فأتيته بها، فأَرْسَل بها، فأُرْهِفَتْ [٢]، ثم أعطانيها وقال: «اغْدُ عَلَيَّ بها».

فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زِقَاق خمر [٣] قد جُلِبت من الشام، فأَخَذ الـمُدْيَة مني، فشق ما كان من تلك الزِّقَاق بحضرته، ثم أعطانيها وأَمَر أصحابه الذين كانوا معه أن يَمضوا معي وأن يعاونوني.

وأَمَرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زِقَّ خمر إلا شققته، ففَعلتُ فلم أترك في أسواقها زِقًّا إلا شققته [٤].

= قال الشوكاني: حديث أنس عن أبي طلحة رجال إسناده ثقات، وأصله في «صحيح مسلم». «نَيْل الأوطار» (٥/ ٣٩٤).

(١) وهي السكين والشفرة . «النهاية» لابن الأثير (٤/ ٣١٠) مادة (مدا).

(٢) أي: سُنَّتْ وأُخْرِجَ حَدَّاها. «النهاية» لابن الأثير (٢/ ٢٨٣) مادة (رهف).

(٣) **الزِّقُّ (بكسر الزاي)**: السِّقاء ونحوه من الظروف. «المُطلع على ألفاظ المُقنع» للبعلي (١/ ٣٣٣).

(٤) رواه الإمام أحمد في «المسند» (١٠/ ٣٠٧) برقم (٦١٦٦).

قال محقق «المسند» شُعَيْب الأرناؤوط: (حديث حسن)، وقد رواه أحمد بإسناد آخَر عن عبد الله بن وهب عن ابن لَهيعة، وكان سماعه منه قبل احتراق كتبه.

وقال الحاكم عن الحديث بهذا الإسناد: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. «المستدرك»، كتاب الأشربة (٤/ ١٦٠) برقم (٧٢٢٨).

وقال الهيثمي: رواه كله أحمد بإسنادين، في أحدهما: أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختَلطا وفي الآخَر أبو طُعْمَة، وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي، وضَعَّفه مكحول، وبقية رجاله ثقات. «مَجْمَع الزوائد»، كتاب الأشربة، باب في آنية الخمر (٥/ ٥٤) برقم (٨٠٨٤ و٨٠٨٥).

وَجْه الاستدلال: أن الحديث يدل على سقوط حرمة آنية الخمر، وإباحة إتلافها.

٣- ما جاء عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كنتُ أسقي أبا طلحة الأنصاري، وأبا عُبَيْدة بن الجَرَّاح [(١)]، وأُبَيّ بن كعب [(٢)] شرابًا من فَضِيخ -وهو تمر-».

فجاءهم آتٍ فقال: إن الخمر قد حُرِّمت. فقال أبو طلحة: يا أنس، قم إلى هذه الجِرَار فاكسرها.

قال أنس: «فقمتُ إلى مِهراس [(٣)] ....

---

(١) هو عامر بن عبد الله بن الجَرَّاح بن هلال، الفِهْري القرشي الصحابي، الأمير القائد، فاتح الديار الشامية.

وُلِد بمكة سنة (٤٠ قبل الهجرة)، وهو من السابقين إلى الإسلام، وأحد العَشَرة المُبشَّرين بالجنة، وكان من دهاة قريش، وكان لقبه (أمين الأمة).

وهو ممن شَهِد المشاهد كلها، تُوفي بطاعون عَمَوَاس سنة (١٨هـ).

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٧٩٣)، و«الإصابة» لابن حجر (٣/ ٤٧٥).

(٢) هو أُبَيّ بن كعب بن قيس بن عُبَيْد، من بني النَّجَّار، من الخزرج، أبو المنذر وأبو الطُّفَيْل، سيد القراء.

كان قبل الإسلام حبرًا من أحبار اليهود، ولما أسلم كان من كُتَّاب الوحي، وشَهِد بدرًا وأُحُدًا والخندق والمَشاهد كلها مع رسول الله ﷺ.

مات بالمدينة في خلافة عمر وقيل: في خلافة عثمان فقد أَمَره عثمان بجَمْع القرآن، فاشترك في جمعه.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ٦٥)، و«الإصابة» لابن حجر (١/ ١٨٠).

(٣) **المِهراس**: صخرة منقورة تَسَع كثيرًا من الماء، وقد يُعْمَل منها حياض للماء، وقد استعير للخشبة التي يُدَقّ فيها الَحب فقيل لها: (مِهراس) على التشبيه بالمِهراس من الحجر. =

لنا فضربتها بأسفله حتى انكسرت»[(١)].

وَجْه الاستدلال: أن الصحابة فهموا من تحريم الخمر جواز إتلافها وآنيتها، فلا حرمة لها بذَهاب حرمة ما فيها، ويَثبت تبعًا ما لا يَثبت استقلالًا.

ما جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه وَجَد في بيت رجل من ثقيف خمرًا، وقد كان جَلَده في الخمر فحَرَّق بيته، وقال: «ما اسمك؟» قال: رويشد. قال: «بل أنت فويسق»[(٢)].

وَجْه الاستدلال: أن حرق عمر لبيت الخَمَّار أبعد من كسر آنية الخمر، فإذا جاز حرق بيته فكَسْر آنيته من باب أَوْلَى.

٤- ما جاء عن النبي ﷺ أنه رأى نيرانًا تُوقد يوم خيبر، فقال: «عَلامَ تُوقَد هذه النيران؟» قالوا على الحُمُر الإنسية. قال: «اكسروها، وأهرقوها» قالوا: ألا نهريقها، ونَغسلها؟ قال: «اغسلوا»[(٣)].

= انظر: «النهاية» لابن الأثير (٥/ ٢٥٩) مادة (هرس)، و«المصباح المنير» للفيومي (٢/ ٦٣٧) مادة (هرس).

(١) أخرجه البخاري، كتاب أخبار الآحاد، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام (٩/ ٨٨) برقم (٧٢٥٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب أهل الكتاب، باب بيع الخمر (٦/ ٧٦) برقم (١٠٠٥١).

ومن ذلك: ما رواه أبو عُبَيْد أن عليًّا أَمَر بتحريق قرية كان يباع فيها الخمر. «الأموال»، كتاب فتوح الأَرَضين صلحًا وسُننها وأحكامها، باب ما يَجوز لأهل الذمة أن يُحْدِثوا في أرض العَنوة وفي أمصار المسلمين، وما لا يَجوز (١/ ١٢٥) برقم (٢٦٨).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب هل تُكْسَر الدِّنان التي فيها الخمر، أو تُخَرَّق الزِّقاق؟ فإن كَسَر صنمًا أو صليبًا، أو طُنبورًا، أو ما لا يُنتفع بخشبه، وأُتِيَ شُرَيْح في طُنبور كُسِر، فلم يَقْضِ فيه بشيء (٣/ ١٣٦) برقم (٢٤٧٧).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أَمَر بكسرها لذَهاب حرمتها بذَهاب حرمة ما فيها، ويقاس على ذلك آنية الخمر، بجامع ذَهاب حرمة ما بداخلها.

دليل القول الثاني:

لم أجد لهم دليلًا على هذا التفصيل، لكن قد يُستدَل لهم بالقاعدة الأصولية: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) (١) فإذا استطاع إتلاف الخمر بلا كسر لآنيته فهو الواجب؛ لأنه مال محترم في ذاته. وأما إذا تَعَذَّرَ إتلاف الخمر بغير كسر آنيته، فإنه لا مَحيد عن كسر الآنية حينئذٍ.

نوقش: بأن آنية الخمر ذهبت حرمتها لذَهاب حرمة ما فيها، ويَثبت تبعًا ما لا يَثبت استقلالًا.

دليل القول الثالث:

عموم الأدلة التي تدل على حرمة مال المسلم، كقول النبي ﷺ في خُطبته في حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام (٢)» وآنية الخمر داخلة في هذا العموم، فلا يجوز إتلافها.

نوقش: بأن هذه الأدلة عامة، والأدلة على جواز كسر آنية الخمر خاصة، فيُحْمَل العامّ على الخاص. وقد ثَبَت التخصيص في غير مسألة، كالحَجْر على المفلس لِحَقّ الغرماء، وجواز أخذ المرأة نفقتها بالمعروف من غير إذن زوجها.

فيبقى العامّ على عمومه فيما عدا ما خصه النص، والجَمْع بين الأدلة أَوْلَى من ترجيح أحدهما وهدر الآخَر.

---

(١) انظر: «روضة الناظر» لابن قدامة (١/ ١١٨).

(٢) سبق تخريجه.

الراجح:

الذي يترجح لي- والله أعلم- أن هذه المسألة تُعَدّ من باب السياسة الشرعية، فإذا رأى الحاكم أن أهل الفساد متعالون وغير منقادين، فلا مانع من كسر آنية الخمر إرغامًا لهم. أما إذا تبين خضوعهم وإذعانهم، فإنها لا تُكْسَر.

وعلى ذلك يُحْمَل ما جاء عن النبي ﷺ لما رأى نيرانًا تُوقَد يوم خيبر، قال: «عَلامَ تُوقَد هذه النيران؟» قالوا: على الحُمُر الإنسية. قال: «اكسروها، وأهرقوها» قالوا: أَلَا نهريقها ونغسلها؟ قال: «اغسلوا» فأراد التغليظ عليهم في طبخهم ما نُـهِيَ عن أكله، فلما رأى إذعانهم اقتَصر على غسل الأواني (١).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء آنية الخمر المُنتفَع بها في غيره

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فاستَثنى أبو حنيفة والحنابلة في روايةٍ حالة واحدة يجب فيها الضمان في كسر آنية الخمر، وهي ما إذا كانت الآنية يُنتفَع بها في غير الخمر (٢).

ودليلهم على ذلك: أن هذه الآنية صالحة للانتفاع بها من وجه آخَر، فكانت مالًا مُتقوَّمًا من ذلك الوجه (٣).

نوقش: بأن الآنية ذهبت حرمتها لما استُعمِلتْ في غرض مُحَرَّم، ويَثبت تبعًا ما لا يَثبت استقلالًا. كما يمكن مناقشتهم بعموم أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

---

(١) «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ١٢٢).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٦٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢١٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ٣٥٤) .

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٣٧).

الراجح:

سَبَق أن رَجَّحْتُ أن هذه المسألة من باب السياسة الشرعية، فما يراه الحاكم أصلح لحال الناس فهو المتوجه حينئذٍ. ويتأكد ذلك إن كانت الآنية يُنتفَع بها في غير الخمر حفاظًا على ضرورة المال. ومع ذلك فإذا رأى الحاكم إتلافها فله ذلك ولا ضمان في كسرها، ويكون ذلك من باب التعزير بالمال.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن الشريعة جاءت بحفظ الضرورات الخمس، ومن ذلك المال، وآنية الخمر إذا كانت يُنتفَع بها في غير الخمر فهي مال مُتقوَّم ينبغي الحفاظ عليه لمصلحة رب المال.

المطلب الخامس

استثناء ما إذا وَثَّق المَدين دينه برهن أو كفيل- من جواز منع الغريم المَدينَ من السفر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم منع الغريم المَدينَ من السفر

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أنه يَجوز للغريم أن يَمنع المَدين الموسر من السفر إذا كان الدَّين يحل قبل سفره. واتفقوا على أنه لا يجب على المَدين الاستئذان إذا تَعَيَّن عليه الجهاد.

واختلفوا فيما عدا ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول- ذهب المالكية إلى أن الأجل إذا كان يحل في أثناء سفر المَدين، فلغريمه منعه من السفر. وكذا الأمر في المَدين المعروف باللَّدَد وشدة الخصومة. وإن كان لا يحل فليس له منعه (١).

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية- إلى أنه ليس للغريم منع المَدين من السفر مطلقًا، ما دام دَينه غير حالّ (٢).

---

(١) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٦)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٦٣)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠-١١و ٢٢٩).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٥/ ١٣٧)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٧٣)، و«حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٥/ ٢٠٠)، و«الدر المختار» للحَصْكَفِي (٥/ ٣٨٤)، =

القول الثالث- ذهب الحنابلة في الصحيح إلى أن للغريم منع المَدين من السفر قبل حلول الأجل مطلقًا [١].

دليل القول الأول:

أن الدَّيْن إذا حَلَّ في السفر لم يَقدر الغريم على الوصول إليه فيَضيع حقه، فيحق له منعه من السفر. وهذا وارد أيضًا على المعروف باللَّدَد وشدة الخصومة. أما إذا لم يحل الدَّيْن، فإن السفر وحده ليس أمارة على منع الحق في محله [٢].

أدلة القول الثاني:

١- أن الدائن ليس له أن يُطالِب بالدَّين قبل حلول أجله، فكذا لا يـمنع من السفر قبل حلول أجل الدَّيْن [٣].

نوقش: بأن حلول الدَّيْن في غَيبة المَدين مَظِنة لفوات حق الغريم، والظن الغالب مُعتبَر في الشريعة.

٢- ولأن الدائن مُفَرِّط؛ إذ رضي بالتأجيل من غير رهن وكفيل [٤].

= و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٣٣٧)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ١٣٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١١٦)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٢٧٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٢٩).

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٢٩)، و«الفتاوى الكبرى» لابن تيمية (٥/ ٣٩٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤١٧)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي أيضًا (٢/ ١٥٦).

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٢٩)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٣٣٧).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٥/ ١٣٧).

(٤) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٣٣٧)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١١٦).

نوقش: بأن الأصل عدم السفر، والسفر أمر طارئ لا يعتبره الناس غالبًا في عقودهم.

دليل القول الثالث: أن السفر يَمنع من استيفاء الدَّيْن في محله المؤقت له، وقدومه عند المحل غير مُتيقَّن، وهذا يُلْحِق الضرر بالغريم [(١)].

نوقش: بأن السفر لا يَمنع استيفاء الدَّيْن إذا كان لا يحل في غَيبة المَدين. ولو جاز للغريم منع المَدين من السفر في هذه الحالة، لجاز له مطالبته في حال الإقامة خوفًا من هربه [(٢)].

الراجح:

لعل أقرب الأقوال إلى الصواب هو القول الأول؛ لِما فيه من حفظ لِحَقّ الدائن من الضياع، ومراعاة لحال المَدين وحقه في السفر إذا كان الدَّيْن لا يحل في غَيبته.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء فيما إذا وَثَّق المَدين دَيْنه برهن أو كفيل

يَرِد الاستثناء على القائلين بجواز منع المَدين من السفر، سواء أكان ذلك مطلقًا أم مُقَيَّدًا، وَهُم المالكية والحنابلة، فأجازوا للمَدين السفر وليس للدائن الحق في منعه إذا وَثَّق المَدين دَيْنه برهن أو كفيل يمكن استيفاء الدَّيْن منهما؛ وذلك لزوال الضرر عن الغريم؛ لأن وجود الرهن أو الكفيل يأمن بهما عدم فوات حقه. وهذا ما بَنَوْا

---

(١) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٢٩) و«كشاف القناع» للبُهوتي (٣/ ٤١٧).

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٣٣٧- ٣٣٨).

عليه قولهم في منع المَدين من السفر. والحُكْم يدور مع علته وجودًا وعدمًا [1].

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن منع المَدين من السفر إنما هو لمصلحة الغريم وحفظ حَقّه، فإذا وَثَّق المَدين دَيْنه برهن أو كفيل، فإنه لا فائدة من منعه من السفر حينئذٍ؛ لأنه ضرر عليه بلا مُسَوِّغ.

فإذا راعينا مصلحة الغريم في حفظ حقه، كان من العدل مراعاة مصلحة المَدين في عدم الإضرار به ومَنْعه من السفر إذا وَثَّق دَيْنه برهن أو كفيل.

وتوثيق الديون فيه مصلحة للغريم والمَدين: فالأول يأمن عدم فوات حقه. والثاني يَضمن براءة ذمته في حال سفره، أو حصول ما يمنعه من الوفاء في وقته.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرر يُزال) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) [2] لأن مَنْع المَدين من السفر في حال توثيقه لدَيْنه برهن أو كفيل- إضرار به بلا مُسَوِّغ؛ لأن حق الغريم محفوظ بالرهن أو بالكفيل فلا يَفوت حقه.

---

(١) انظر: «مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٣٦)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٦٣)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٢٢٩).

(٢) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص١٧٩).

المطلب السادس

استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان في الأمانات

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم ضمان الأمانات [١]

اتفق العلماء في الجملة على عدم تضمين المُؤتمَن إذا لَحِق الأمانة هلاك أو نقص.

واختلفوا في بعض العقود هل اليد فيها يد ضمان أو يد أمانة؟

فمَن ألحقها بالأول أوجب الضمان، ومَن ألحقها بالثاني لم يوجب الضمان.

قال الماوردي في «الحاوي» بعدما قَرَّر عدم الضمان في الأمانات:

(وهو قول منتشر في الصحابة، لا يُعْرَف بينهم فيه تنازع) [٢].

---

(١) **المراد بيد الأمانة:** هي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه- لا يَقصِد تَمَلُّكه- لمصلحة تَعود لمالكه (كالوديع والوكيل بلا أجر)، أو لمصلحة تَعُود للحائز (كالمُستأجِر)، أو لمصلحة مشتركة بينهما (كالمُضارِب والشريك).

وقد تكون الأمانة في يد شخص بلا عقد ولا قَصْد، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، وقد يكون الحوز بإذن الشارع (كاللقطة)، وقد يكون الحوز بإذن مَن له الولاية (كناظر الوقف).

انظر: «مجلة الأحكام العدلية» (١/ ١٤٤)، و«المنثور» للزركشي (٢/ ٣٢٣)، و«القواعد» لابن رجب (ص٥٩)، و«القواعد والأصول الجامعة» للسعدي (ص٤٤).

(٢) (٨/ ٣٥٦). وقد سبقت ترجمة الماوردي.

ووافقه جَمْع من أهل العلم، كابن هُبَيْرة [١] وابن رشد [٢] وابن قدامة [٣] والزركشي [٤] والشوكاني [٥].

ومستندهم في ذلك:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضمان على مُؤتَمَن» [٦].

قال الشوكاني: (فيه دليل على أنه لا ضمان على مَن كان أمينًا على عين من الأعيان)[٧].

٢- عَدُّ الحائز نائبًا عن المالك في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها؛ لأنه قبضها بإذنه ورضاه من دون قصد تملكها منه [٨].

٣- استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز.

وقد عَبَّر عن ذلك الشوكاني بقوله:

(الأصل الشرعي هو عدم الضمان؛ لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام، فلا يَلزم منه شيء إلا بأمر الشرع)[٩].

---

(١) «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ٥). وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

(٢) «بداية المجتهد» (٤/ ٩٤). وقد سبقت ترجمة ابن رشد.

(٣) «المغني» (٦/ ٤٣٦).

(٤) «شرح الزركشي» (٤/ ٥٧٧). وقد سبقت ترجمة الزركشي.

(٥) «نَيْل الأوطار» (٥/ ٣٥٤). وقد سبقت ترجمة الشوكاني. وقد ذَكَر ابن نُجَيْم في «البحر الرائق» أن: (الأمانة عَلَمٌ لِما هو غير مضمون، فيَشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها) (٧/ ٢٧٤).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) «نَيْل الأوطار» (٥/ ٣٥٤).

(٨) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢١١).

(٩) انظر: «السيل الجرار» (١/ ٦٥٢) بتصرف.

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط

اتفق الفقهاء على استثناء حال التعدي أو التفريط من الحُكْم السابق، فإذا وقع في الأمانة ضرر بسبب تعدي الأمين أو تفريطه [(١)] في المحافظة عليها وصَوْنها، فإنه يكون ضامنًا [(٢)].

قال الزركشي:

(أما إن تعدى فإنه خرج من حيز الأمانة إلى حيز الخيانة، فيَضمن بلا نزاع)[(٣)].

ومستندهم في الإجماع هو:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على المستعير غير الـمُغِلّ ضمان، ولا على المُستودَع غير الـمُغِلِّ ضمان» [(٤)].

---

(١) **الفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط**: تَرْك ما يجب من الحفظ. **والتعدي**: فِعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات.

انظر: «القواعد والأصول الجامعة» للسعدي (ص٤٤).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٠٩)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢١١)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٩٥)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٢٠)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٤٣٦)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٣٦).

(٣) «شرح الزركشي» (٤/ ٥٧٧).

(٤) أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع (٣/ ٤٥٦) برقم (٢٩٦١).

وفي إسناده (عمرو بن عبد الجبار) و(عُبَيْدة بن حسان)، قال عنهما الدارقطني: (هما ضعيفان، وإنما يُرْوَى عن شُرَيْح القاضي غير مرفوع).

وأخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب العارية، باب مَن قال: لا يَغْرَم (٦/ ١٤٩) برقم (١١٤٨٦)، وقال: (هذا هو المحفوظ عن شُرَيْح القاضي من قوله). =

و(الـمُغِل): هو الخائن، فإذا وقع منه تَعَدٍّ أو تفريط فقد خان الأمانة (١).

٢- لأنه متلف لمال غيره، فضَمِنه، كما لو أتلفه من غير ائتمان (٢).

وبِناء على ما سبق يتبين صحة الاستثناء باتفاق العلماء.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وهو ظاهر عند مَن نَقَل الاتفاق. وبعضهم اكتفى بنفي الخلاف.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا، وهي مصلحة الحفاظ على أموال الناس؛ لأن الأمين بتعديه أو تفريطه خرج عن وصف الأمانة إلى الخيانة، وهي تتنافى مع الضمان. ولئلا يتساهل الأمناء في إتلاف الأمانات تحت ذريعة الأمانة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرر يُزال) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وبيان ذلك: أن تعدي الأمين أو تفريطه يؤديان إلى تضرر صاحب العين بفواتها أو نقصانها. ولما كان الأمين فَعَل ما لا يَجوز له فعله فإن الضمان يقع عليه؛ لأن

= وقال ابن حِبان: (عُبَيْدة يَروي الموضوعات عن الثقات، لا يَحِل الاحتجاج به بحال). «المجروحين» (٢/ ١٨٩).

وقال ابن عَديّ: (عمرو بن عبد الجبار روى عن عمه عُبَيْدة بن حسان مناكير). «الكامل» (٦/ ٢٤٢).

وضَعَّفه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٤٧٣).

وانظر: «إتحاف المهرة» لابن حجر (٩/ ٥٠٧)، و«التلخيص الحبير» له أيضًا (٣/ ٢١٤).

(١) انظر: «نَيْل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٥٤).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٦/ ٤٣٧).

الجواز الشرعي ينافي الضمان. ومفهوم المخالفة من ذلك إيجاب الضمان على مخالفة الجواز الشرعي؛ ولذلك كان من الواجب إزالة الضرر الواقع على صاحب العين بضمانها له [(١)].

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (١/ ٧٢).

المطلب السابع

استثناء مَن عليه حد أو قِصاص مِن صحة الكفالة بالبدن (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الكفالة بالبدن

---

(١) الكفالة في اللغة:

قال ابن فارس: (الكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء... ومن الباب: الكفيل، وهو الضامن). «مقاييس اللغة» (٥/ ١٨٧) مادة (كَفَلَ).

أما الكفالة بالبدن في اصطلاح الفقهاء، فقد اختلفت توجهات الفقهاء في ذلك:

فالحنفية لا يُفْرِدونها بتعريف مستقل، ولكنهم ضَمَّنوه في سياق تعريفهم للكفالة بوجه عام.

قال الحَصْكَفِيّ: (الكفالة: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا بنفس أو بدين أو عين) «الدُّر المختار» (٥/ ٢٨١).

أما المالكية، فيطلقون على الكفالة لفظ الضمان، ويسمونها (ضمان الوجه) وهو: (التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدَّيْن وقت الحاجة إليه) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٤).

أما الشافعية، فيطلقون عليها (كفالة الوجه) و(كفالة البدن) وهي: (التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليه) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٠٧).

أما الحنابلة فعَرَّفها ابن قدامة بأنها: (الكفالة ببدنِ كل مَن يَلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق) «الكافي» (٢/ ١٣٣).

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، وقد جرى إدراج مسائل الكفالة ضمن مسائل الضمان، كما هي طريقة الشافعية والحنابلة.

اختَلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول- اتفقت المذاهب الأربعة على صحة الكفالة بالبدن. وقد حَكَى بعضهم الإجماع على ذلك [(١)].

القول الثاني- ذهب بعض الشافعية، والظاهرية إلى عدم صحة الكفالة بالبدن[(٢)].

أدلة القول الأول:

١- **قوله تعالى**: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ [(٣)].

وَجْه الاستدلال: أن يعقوب عليه السلام طَلَب من أبنائه ضمانًا قويًّا، وهو أن يعاهدوا الله عهدًا موثقًا أن يعيدوا إليه ابنه الصغير، فقَدَّمُوا لأبيهم المواثيق على ذلك بأن

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ١٦٢)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ١٦٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٨١)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٧٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٩/ ١٩١)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ٢٣٨)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٦٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٥٣)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٠٧)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٤١)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٦١)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٧٥).

وقد جاء عن الشافعي أن الكفالة بالبدن ضعيفة. وقد أراد الشافعي بذلك أنها ضعيفة من جهة القياس.

والراجح عند الشافعية في هذه المسألة: أن الكفالة بالبدن صحيحة، كما هو منصوص عن الإمام الشافعي في أكثر كتبه. انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر: «تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٤١)، و«المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٤٠٧).

(٣) سورة يوسف: الآية (٦٦).

حلفوا له بإعادته معهم، وأكَّد عليهم أبوهم استرجاعه كما في قوله: ﴿قَالَ ٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ [(١)].

قال القرطبي:

(هذه الآية أصل في جواز الحَمالة -الكَفَالة- بالعين والوثيقة بالنفس) [(٢)].

٢- **قوله تعالى:** ﴿قَالُوا۟ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ ۖ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [(٣)].

وَجْه الاستدلال: أنهم قالوا ليوسف: خذ أحدنا مكانه حتى يَتم إيصال أخيهم إلى أبيه، وهو الذي وُجِدَ صُوَاع الملك في راحلته. وهو دليل على جواز الكفالة بالبدن[(٤)].

٣- ما جاء عن الصحابي الجليل حمزة بن عمرو [(٥)] أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بَعَثه مُصَدِّقًا [(٦)]، فوقع رجل على جارية امرأته، فأَخَذ حمزة من الرجل كفيلًا حتى قَدِم على عمر، وكان عمر قد جَلَده مئة جلدة، فصَدَّقَهم وعَذَره بالجهالة [(٧)].

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٦٤).

(٢) «تفسير القرطبي» (٩/ ٢٢٥). وقد سبقت ترجمة القرطبي.

(٣) سورة يوسف: الآية (٧٨). (٤) انظر: «تفسير القرطبي» (٩/ ٢٤٠).

(٥) هو حمزة بن عمرو بن عويمر بن الحارث، الأسلمي، يكنى: أبا صالح. وقيل: أبا محمد. كان كثير العبادة، وشَهِد فتح إفريقية مع عبد الله بن سعد، وكانت له فيها مقامات محمودة، روى له البخاري ومسلم وغيرهما تسعة أحاديث. تُوفي سنة (٦١هـ).
انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ٣٧٥)، و«أُسْد الغابة» لابن الأثير (١/ ٥٣٢).

(٦) أي: أَخْذ الصدقة عاملًا عليها. «عمدة القاري» للعيني (١٢/ ١١٤).

(٧) أخرجه البخاري، كتاب الحَوَالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (٣/ ٩٥) برقم (٢٢٩٠).

وَجْه الاستدلال: أن في القصة دلالة على مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو صحابي، وقد أَخَذ من الرجل كفيلًا، ولم يُنْكِر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذٍ (١).

٤- ولأن ضمان المال يَمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تَجُز الكفالة بالبدن لأدى ذلك إلى حرج شديد من لحوق الضرر بالمكفول له صاحب الحق من عدم استيفاء حقه. وكذلك المكفول عنه إما بحبسه وإما بالتضييق عليه وعلى أهله.

فالحاجة مَاسَّة إليها لإحياء حقوق العباد، وقد أمكن العمل بموجبها بأن يُعْلِمه مكانه فيُخَلِّي بينه وبينه؛ إذ التخلية تسليم، أو يوافقه إذا ادعاه، أو يُكْرِهه على الحضور إلى مجلس الحاكم (٢).

٥- ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة، جاز ضمان ذي الذمة؛ إذ لا فَرْق بين ضمان الحق وبين ضمان مَن عليه الحق (٣).

أدلة القول الثاني:

١- عدم وجود نص شرعي يُرجَع إليه، أو يُثْبِت هذا النوع من الكفالة (٤).

نوقش من وجهين:

أولًا- لا نُسَلِّم عدم وجود نص، بل قد ورد في أدلة القول الأول ما يدل على مشروعية الكفالة بالبدن.

---

(١) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٤٧٠).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٤٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٧٥).

(٣) «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٦٢).

(٤) انظر: «المُحَلَّى» لابن حزم (٦/ ٤٠٧).

ثانيًا- أن الأصل في المعاملات الحِل والإباحة، ومَن يَدَّعِي خلافه فعليه الدليل.

٢- **استدلوا بالمعقول، فقالوا:** إذا تَكَفَّل الكفيل ببدن المكفول عنه على أن يُحْضِره ببدنه، فغاب المكفول عنه، فماذا تَصنعون بالكفيل؟ أتُلزِمونه غرامة؟ أم تَتركونه؟ أم تُكَلِّفونه طلبه؟ فالأول جَوْر وأَكْل مال بالباطل. والثاني إبطال للكفالة بالبدن. والثالث تكليف الحرج، وما لا طاقة له به ولا قدرة له عليه، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط [١].

نوقش من وجهين:

أولًا- أن الكفالة بالبدن عقد تبرع من جهة الكفيل. ومقتضى هذا العقد هو التزام الكفيل بإحضار المكفول عنه، فإذا تَكَفَّل الكفيل بإحضار المكفول عنه لزمه إحضاره، ولا نُلْزِمه غرامة المال بحال؛ لأنه لم يَلتزم المال بحال.

ثانيًا- أننا لا نُسَلِّم أن تكليف الكفيل طلب المكفول عنه، والبحث عنه- تكليف بالحرج وما لا طاقة له به ولا قدرة عليه! فإن أعوان القاضي يُكلَّفون بطلب المجرمين وإحضارهم عند الحاكم للقضاء، فليس في ذلك تكليف بما لا يطاق، فضلًا عن أن الكفالة بالبدن لا يُقْدِم عليها إلا مَن عُرِف قدرته عليها [٢].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا. كما أن الحاجة مَاسَّة إلى الكفالة بالبدن إحياءً لحقوق العباد.

---

(١) انظر: السابق (٦/ ٤٠٧-٤٠٨).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ١٦٣).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء مَن عليه حد أو قِصاص

تحرير محل النزاع:

أَجْمَع العلماء على أن الكفالة لا تصح بذات الحد والقِصاص، بمعنى الاستيفاء منه بدلًا عن المكفول [(١)].

واختلفوا في الكفالة في الحد والقِصاص، بمعنى إحضار المكفول عند إقامة الحد أو القِصاص- على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة- إلى عدم صحة الكفالة ببدن مَن عليه حد أو قِصاص، سواء أكان الحق لله تعالى أم لآدمي. ويكون قولهم هذا استثناء من القول بجواز الكفالة بالبدن [(٢)].

القول الثاني- ذهب الشافعية إلى عدم صحة الكفالة ببدن مَن عليه حد لِحَقّ الله، من دون مَن وجب عليه حق لآدمي. وهذا أيضًا استثناء باعتبار قولهم السابق في جواز الكفالة بالبدن [(٣)].

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٢)، و«فتح الباري» لابن حجر (٤/ ٤٧٠).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ١٦٧)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٨-٩)، و«العناية» للبابرتي (٧/ ١٧٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٢)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/ ٤٨٧، ٥٢٧، ٦٤٦، ٦٦٠)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ٦١)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٢٥١)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٤)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٦٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٥٣)، و«حاشيتي قليوبي وعميرة» (٢/ ٤٠٩)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٤٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٦٣)، و«شرح الزركشي» (٤/ ١٢٢)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٣٧٦).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤٦٣)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٥٣)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٤٧).

أدلة القول الأول:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد» (١).

نوقش: بأن الحديث ضعيف كما تَبَيَّنَ في تخريجه.

٢- أن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدَّرْء بالشبهات؛ فلم يَدخلها التوثيق (٢).

٣- أن الحد والقِصاص يُلتزَم فيهما بإحضار البدن، والبدن لا عِوَض له في حال تَعَذُّر إحضاره؛ إذ لا يمكن الاستيفاء من الكفيل بالإجماع، ومن الحدود ما لا يؤول إلى مال كالزنا والقذف. والإذن بالكفالة تسويغ للجاني للهرب مع عدم إمكانية البدل، بخلاف الكفالة في المال ففيها عِوَض وتعويض بالمال من الكفيل.

دليل القول الثاني: أن حقوق الآدميين من القِصاص ونحوه مبنية على المُشاحَّة، وهي حق ماليّ لازم، فأَشْبَهَ الكفالة بالمال، فتَجوز الكفالة فيها لتوثيق الحق، بخلاف

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن مَن عليه حق (٦/ ١٢٧) برقم (١١٤١٧).

قال البيهقي: (إسناده ضعيف، تَفرَّد به بَقِيَّة عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكَلاعي الدمشقي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، وروواياته منكرة).

كما أخرجه ابن عَدي في «الكامل» (٦/ ٤١) وقال عن عمر الكَلاعيّ: (ليس بالمعروف، حَدَّث عن بقية، منكر الحديث عن الثقات).

وقال عنه الذهبي في «الميزان» (٣/ ٢٥١): (وبكل حال هو ضعيف).

كما ضَعَّف الحديث ابن حجر في «بلوغ المرام» (٢/ ٣٦).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ١٦٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ١٥٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٦٣) .

حدود الله فهي مبنية على المسامحة؛ ولذلك تُدرَأ بالشبهات ويُقْبَل الرجوع عن الإقرار فيها (١).

نوقش: بأن مقتضى كون حقوق الآدميين مبنية على المُشاحَّة يَقتضي المنع؛ لأن الحد والقِصاص لا عِوَض لهما من جنسهما، فكان القياس المنع احتياطًا لحق الآدمي.

كما نوقشت أدلة القولين بقصة الغامدية التي اعترفت بالزنا وقالت: إنها حبلى من الزنا، فقال لها النبي ﷺ: «حتى تضعي ما في بطنكِ»، فكَفَّلها رجل من الأنصار حتى وضعت... الحديث (٢).

وهذا نص في كفالة بدن في حد من حدود الله، فإذا شُرِع التوثيق بالكفالة في حقوق الله وهي مبنية على المسامحة، فإن حقوق الآدميين من باب أَوْلَى؛ لأنها مبنية على المُشاحَّة.

كما يمكن مناقشة القولين بالأثر السابق عن حمزة بن عمرو.

يجاب عنهما: بأن الكفالة في الخبرين ليس المراد بها الكفالة الفقهية، بل المراد بها التعهد والضبط عن حال الرجل في خبر حمزة بن عمرو (٣)، والمراد بها في قصة الغامدية القيام بمَئونتها ومصالحها، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ (٤).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- مذهب جماهير العلماء، وهو عدم صحة الكفالة ببدن مَن

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٤٧).

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب مَن اعتَرف على نفسه بالزنا (٣/ ١٣٢١) برقم (١٦٩٥).

(٣) انظر: «عمدة القاري» للعيني (١٢/ ١١٤-١١٥).

(٤) سورة آل عمران: الآية (٣٧)، انظر: «تفسير القرطبي» (٤/ ٧٠).

عليه حد أو قِصاص؛ لأن الكفالة في البدن في الحقوق المالية إذا تعذرت انتقلت إلى الضمان المالي، بخلاف مسألتنا هنا، فلا عِوَض للبدن إذا تَعَذَّر إحضاره؛ إذ لا يمكن الاستيفاء من الكفيل في الحد والقِصاص.

ولأن ذلك يَفتح المجال للهرب مع علمه بأن الكفيل لن يلزمه مال ولا قِصاص، ولا سيما في هذا الزمان الذي قَلَّتْ فيه الأمانة والخوف من الله.

وبِناء عليه فإن الاستثناء صحيح.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في استدلالهم بحديث: «لا كفالة في حد» وهو سبب الخلاف في المسألة.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء، وهي مصلحة حفظ الحقوق؛ لأن الكفالة التي لا يمكن معها استيفاء الحق من الكفيل- هي كفالة معدومة الفائدة، بل قد يَفوت الحق بهروب المكفول، ولا فائدة تَعُود على صاحب الحق بإيقاف الكفيل إذا هرب المكفول؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء من الكفيل.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وبيان ذلك: أن كفالة بدن مَن عليه حد أو قِصاص كفالة عديمة الفائدة ولا يمكن استيفاء الحق من الكفيل؛ ولذلك فإن هذه الكفالة إضرار بصاحب الحق بتفويت حقه، فيما لو هرب المكفول مع عدم إمكان الاستيفاء من الكفيل؛ ولذلك لا تصح هذه الكفالة لِما فيها من الضرر بصاحب الحق [١].

---

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص١٦٥).

المبحث الثالث

المستثنيات في باب الحَوَالة

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء ما إذا كان المحتال عدوًّا للمحال عليه- مِن عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحَوَالة [1].

---

(١) **الحَوَالة في اللغة:** مِن حال يَحُول حَوْلًا، واحتال احتيالًا: إذا تَحَوَّل من ذات نفسه. وأحال الغريمَ: زَجَّاه عنه إلى غريم آخَر.

انظر: «لسان العرب» لابن منظور (١١/ ١٩٠) مادة (حول).

الحَوَالة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: نَقْل الدَّيْن من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. على خلاف بينهم، هل هي نَقْل للدَّيْن والمطالبة جميعًا فتَستلزم براءة المحيل، أم نَقْل للمطالبة فقط ويبقى أصل الدَّيْن في ذمة المحيل؟ فالأول قول أبي يوسف، وهو المعتمد في المذهب. والثاني قول محمد بن الحسن. «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٤٠).

وعَرَّفها المالكية بأنها: نَقْل الدَّيْن من ذمة بمثله إلى أخرى تَبرأ بها الأولى. «الشرح الكبير» للدردير (٣/ ٣٢٥).

وعَرَّفها الشافعية بأنها: عقد يَقتضي نَقْل دَيْن من ذمة إلى ذمة. «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١٨٩).

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: نَقْل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٩٠).

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها في بيان ماهية الحَوَالة، إلا أنني أرى أن تعريف الحنابلة أحسنها؛ لأن التعبير بالحق أعم، فيَدخل فيه الدَّيْن وغيره من وديعة ومال مغصوب.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم اشتراط رضا المحال عليه في الحَوَالة

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على اشتراط رضا المحال عليه إذا لم يكن مَدينًا للمحيل [(١)].

أما إذا كان مَدينًا له، فقد اختَلَف الفقهاء في اشتراط رضاه على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية في المشهور عندهم، والشافعية في الأصح، والحنابلة- إلى عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحَوَالة [(٢)].

القول الثاني: ذهب الحنفية، والمالكية في قول، والشافعية في قول- إلى اشتراط رضا المحال عليه في الحَوَالة [(٣)].

أدلة القول الأول:

١- أن الحق للمحيل، فله أن يَستوفي الحق بنفسه، وله أن يستوفيه بغيره، كما

---

(١) انظر: «العناية» للبابرتي (٧/ ٢٣٩-٢٤٠).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٨٣)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٥/ ٩١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٦)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٢٥)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٤١٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٢٨)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٤٢٣)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٣٩٥)، و«شرح الزركشي» (٤/ ١١٤)، و«شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٣٦).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ١٦)، و«العناية» للبابرتي (٧/ ٢٣٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٤١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٦)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٥٢)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٤١٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٢٨)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١٩٠).

لو وَكَّل غيره بالاستيفاء [١].

٢- ولأن بالحَوَالة يزول مِلكه عن الدَّين كالإبراء، فلما لم يكن رضا المُبَرَّأ مُعتبَرًا في صحة البراءة، لم يكن رضا المحال عليه مُعتبَرًا في صحة الحَوَالة[٢].

٣- ولأنه محل الحق والتصرف، كالعبد المبيع، فلا يُشترَط رضاه [٣].

أدلة القول الثاني:

١- لأنه يَلزمه الدَّيْن، ولا لزوم من دون التزامه [٤].

نوقش: بأن الحق للمحيل في استيفاء الحق بنفسه أو بوكيله، والتزام المحال عليه في الدَّيْن واحد في الحالين، فلا ضرر عليه.

٢- ولأنه ربما كان صاحب الدَّيْن أسهل اقتضاءً وأسهل معاملة وأسمح قبضًا، فلا يَرضى مَن عليه الدَّيْن بمعاملة غيره، أو أن يكون مَدينًا لغيره؛ لأن الناس متفاوتون في طلب الدَّيْن، فبعضهم يُمْهِل ويتسامح، وبعضهم يتعجل ويتشدد؛ فلذلك لا بد من رضا المحال عليه [٥].

نوقش: بأن هذه الاحتمالات نادرة الوقوع، فلا ينبغي أن تُؤَثِّر على الحُكْم العامّ؛ لأن النادر لا حُكْم له، فإذا حصل منها شيء فيُعتبَر كُلٌّ بحَسَبه، ويكون من باب الضرورة أو الحاجة.

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤١٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ١٠٢).

(٢) «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤١٨).

(٣) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١٩٠).

(٤) انظر: «العناية» للبابرتي (٧/ ٢٩٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٤١).

(٥) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٤١٨).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان المحتال عدوًّا للمحال عليه

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ استَثنى المالكية ما إذا كان المحتال- مَن له الدَّيْن-عدوًّا للمحال عليه، فإنه في هذه الحالة يُشترَط رضا المحال عليه[(١)].

ودليلهم على ذلك: أن جانب المحال أقوى؛ لأنه يُطالِب بحقه، فإذا وافق ذلك عداوة فإن ذلك فرصة للتشفي في المحال عليه والمبالغة في إيذائه[(٢)].

الراجح:

يَظهر- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الحَوَالة مع العداوة تَجُرّ غالبًا إلى المُضارَّة، وقاعدة الشريعة: (لا ضرر ولا ضِرار) فيُشترَط في حالة العداوة رضا المحال عليه.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهي مصلحة المحال عليه؛ لأن في تسليط عدوه عليه مع قوة جانب المحتال وضَعْف جانب المحال عليه- مَظِنة للإضرار والتشفي؛ فلذلك كان لا بد من رضاه في هذه الحالة لمصلحته.

---

(١) انظر: «شرح الخرشي» (٦/ ١٦)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٧٩).

(٢) انظر: «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٣/ ٤٢٤).

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرر يُدْفَع قَدْر الإمكان) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وبيان ذلك: أن تسليط العدو على عدوه مع قوة جانبه مَظِنة للإضرار والتشفي؛ فلذلك وجب دفع هذا الضرر قبل وقوعه قدر الإمكان باشتراط رضا المحال عليه في هذه الحَوَالة، وإعطائه الفسحة في ذلك [1].

---

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٠٧).

الباب الثاني

المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية

وفيه فصلان:

الفصل الأول- المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية المشروعة.

الفصل الثاني- المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية غير المشروعة.

الفصل الأول

المُستثنَيات الفقهية في التصرفات المالية المشروعة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول- المُستثنَيات في باب الحَجْر.

المبحث الثاني- المُستثنَيات في باب الوكالة.

المبحث الثالث- المُستثنَيات في باب إحياء المَوَات.

المبحث الرابع- المُستثنَيات في باب اللُّقْطة.

المبحث الأول

المُستثنَيات في باب الحَجْر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول- استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبي والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه، ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه.

المطلب الثاني- استثناء حال المصلحة من عدم جواز بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبَل الولي.

المطلب الأول

استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبيّ والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه، ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم شراء ولي الصبي والمجنون من مالهما شيئًا لنفسه، أو بيعهما شيئًا من نفسه

اتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا يَجوز لولي الصبي والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه، ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه [(١)].

ودليلهم على ذلك: أن حقوق العقد تَرجع إلى العاقد، فيصير الواحد مُطالِبًا ومُطالَبًا، مُسَلِّمًا ومُتَسَلِّمًا، وهو مُحال!

لأن طبيعة العقود تقتضي وجود إيجاب وقَبول، فيجب أن يَحصل القَبول من شخص، والإيجاب من شخص آخَر؛ لأن كلًّا من الطرفين يحاول الربح من الآخَر، ولا يتأتى لعاقد واحد أن يحقق غرضين متعارضين لشخصين مختلفين في صفقة واحدة، فإذا تولى طرفَي العقد شخص واحد، فإن ذلك مَظِنة للتهمة في أن يَطلب حظ نفسه [(٢)].

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢١١)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٩)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ١٨٨)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٢٦٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ١٥٤)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٣٥٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٣٧١)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ١٧٦).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٢١)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ١٧٦).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأب

اتفقت المذاهب الأربعة على استثناء الأب من المسألة السابقة، فأجازوا له أن يشتري من مال الصبي والمجنون شيئًا لنفسه، وأن يبيعهما شيئًا من نفسه (١).

ودليلهم على ذلك: أن التهمة في حق الأب وولده منتفية؛ إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له، وتَرْك حظ نفسه لحِظّه. ولأنه لا يُقْدِم على شيء إلا وفيه مصلحة لولده؛ لأن الولد وماله لأبيه (٢).

نوقش: بعموم دليل المسألة السابقة (٣).

يجاب عنه: بأن الأب يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفَي العقد، كالسيد يُزَوِّج عبده أَمَته. ولا نُسَلِّم أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد (٤).

الراجح:

يترجح - والله أعلم - صحة الاستثناء؛ لأن الحُكْم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فالعلة هي التهمة، فلما انتفت هنا انتفى الحُكْم وهو عدم الجواز.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٥٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٢١)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٩)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ١٨٨)، و«شرح منتهى الإرادات» للبُهُوتي (٢/ ١٧٦).

واشتَرط بعضهم انتفاء الضرر عن الولد، وهذا وإن لم يَنص عليه الآخَرون إلا أن الجميع يتفق على أن الواجب على الولي عمومًا العمل لِحَظّ مَن تحته.

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٢١)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠٥).

(٣) وهذا اختيار زُفَر من الحنفية؛ إذ إنه لم يَستثنِ الأب في هذه المسألة.

انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/ ١٥٤).

(٤) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٣٧١).

سبب الاستثناء:

الاستحسان، وبيان ذلك: أن الأب لكمال شفقته قام مَقام شخصين، وعبارته مَقام عبارتين، ورأيه مَقام رأيين، فيُجْعَل كأنه باعه منه وهو بالغ، ثم تَحَمَّل الحقوق بحق الأبوة، لا بحُكْم العقد نيابة عنه [(١)].

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٢١).

المطلب الثاني

استثناء حال المصلحة
من عدم جواز بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبل الولي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبَل الولي

اختلَف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب متأخرو الحنفية وهو المُفتَى به عندهم، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة- إلى عدم جواز بيع عَقَار الصبي والمجنون [١].

القول الثاني- ذهب متقدمو الحنفية إلى جواز بيع عَقَار الصبي والمجنون مِن قِبَل الولي [٢].

دليل القول الأول: لأننا نأمر الولي بشراء العَقَار لِما فيه من الحظ والمصلحة؛ لأن العَقَار مُحصَّن بنفسه لا يُخشَى عليه التلف، وفي بيعه تفويت لهذا الحظ [٣].

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢١٢-٢١٣)، و«العناية» للبابرتي (١٠/ ٥١٠)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٧١١)، و«المُدوَّنة» للإمام مالك (٤/ ٣٣٥)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٣٠٠)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٢٧)، و«البيان في مذهب الشافعي» للعمراني (٦/ ٢١٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ١٨٧)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٥/ ١٨١)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٣٤٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٣٨٥)، و«بدائع الفوائد» لابن القيم (٣/ ٢٠٨).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٣٤).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢١٢-٢١٣).

دليل القول الثاني: القياس على غير العَقَار، فكما يَجوز للولي التصرف في غير العَقَار، فكذلك يَجوز له التصرف في العَقَار، بجامع الولاية في كل [(١)].

نوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن العَقَار مُحصَّن بنفسه، لا يُخشَى عليه التلف، بخلاف غيره فإنه عُرْضة للتلف والفساد.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة دليل أصحابه، ولأن العَقَار منفعته غالبة وتلفه نادر، والحُكْم للأعم الأغلب لا القليل النادر.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء حال المصلحة

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ إنهم اتفقوا على استثناء حال المصلحة، مع اختلافهم في حصرها:

فمِنهم مَن حَصَرها في صور، كمتأخري الحنفية والمالكية [(٢)].

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٨/ ٣٤).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٦/ ٢١٢)، و«العناية» للبابرتي (١٠/ ٥١٠)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٧١١)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٣٠٠)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٠٢)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ١٠٦).

وصُوَر المصلحة عند الحنفية سبعة، وهي: (أن يُباع بضعف قيمته، أو لنفقة الصغير، أو دَيْن الميت، أو وصية مُرْسَلة لا نفاذ لها إلا منه، أو لكَوْن غَلَّاته لا تَزيد على مؤنته، أو خوف خرابه أو نقصانه، أو كونه في يد مُتغلِّب).

وصُوَرها عند المالكية إحدى عَشْرة، وهي: (لحاجة، أو غبطة، أو لكونه موظفًا- أي: عليه خرَاج أي: حِكْر فيباع ويبدل بما لا حِكْر عليه- أو لكونه حصة فيُستبدل به غيره كاملًا =

ومِنهم مَن أَطْلَق ذلك، وهم الشافعية والحنابلة [(١)].

فإذا احتاج الولي لنفقة الصغير والمجنون، أو أن العَقَار طُلِب بأكثر مما يُطلَب عادة، فإنه يَجوز للولي بيعه للمصلحة؛ لأن المنع إنما كان لمصلحة الصبي، فإذا تحققت مصلحة راجحة فإنه يَجوز البيع.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الواجب على الولي العمل بالأحظ والأصلح.

كما أن الأحوط في ذلك أن يكون البيع بإذن القاضي للمبالغة في الاحتياط في حق الصغير والمجنون، وإِذْن القاضي لا يكون إلا بعد شهادة الخبراء في إثبات مصلحة البيع لهما. وهذا ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية.

= للسلامة من ضرر الشركة، أو قَلَّت غلته وأَوْلى إذا لم يكن له غلة، فيُستبدل، أي: فيباع ليُستبَدل له خلافه، أو لكونه- أي: مسكنه- بين ذميِّين وإن قَلُّوا فيُستبَدل له مسكن بين مسلمين، لا عقاره الذي للتَّجْر أو الكِرَاء لغلوه غالبًا بين ذميِّين، أو لكَوْنه بين جيران يُخشَى منهم الضرر في الدين أو الدنيا، أو لإرادة شريكه بيعًا فيما لا ينقسم ولا مال له يشتري له به حصة الشريك، أو لخَشية انتقال العمارة عنه فيصير منفردًا عنها، أو لخَشية الخراب ولا مال له يعمر به، أو له مال والبيع أَوْلى من العمارة لغرض من الأغراض).

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ١٢٧)، و«البيان في مذهب الشافعي» للعمراني (٦/ ٢١٠)، و«روضة الطالبين» للنووي (٤/ ١٨٧)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٥/ ١٨١)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٣/ ٣٤٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٣٨٥)، و«بدائع الفوائد» لابن القيم (٣/ ٢٠٨).

وللحنابلة وجه آخَر، وهو أنه يَجوز بيع العَقَار في حال الضرورة فقط. ولكن الصحيح من المذهب جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد.

انظر: «الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٣/ ٣٨٦).

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهو ظاهر في تعلق الحُكْم بالمصلحة، فإذا رُجِّحَتْ جاز البيع، وإذا انعدمت أو قَلَّتْ فإن المنع يتوجه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بقواعد عِدّة، هي: (لا ضرار ولا ضِرار)، وبالقاعدة الفقهية: (الضرورات تبيح المحظورات)، وبالقاعدة الفقهية: (الحَاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) المندرجتين تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير).

لأن حقيقة المصلحة هي إما جلب منفعة، وإما دَفْع مَضرة عن الصغير والمجنون. والمنفعة تندرج تحت الحاجة أو الضرورة بحَسَب قوتها وحاجتهما لها [1].

(١) انظر: «المنثور في القواعد الفقهية» للزركشي (٢/ ٣١٧)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٣٨٦،٨٣)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٠٩).

المبحث الثاني

المُستثنَيات في باب الوكالة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استثناء الصبي المُميِّز المأذون له بالتصرف- من عدم جواز التوكيل للصبي المُميِّز.

المطلب الثاني: استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء- من جواز البيع للوكيل المُطْلَق في البيع.

المطلب الثالث- استثناء المعاصي والأيمان مما يصح التوكيل فيه من الحقوق.

المطلب الأول

استثناء الصبي المُميِّز المأذون له بالتصرف- من عدم جواز التوكيل (١) للصبي المُميِّز

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم التوكيل للصبي المُميِّز

اتفق الفقهاء على جواز توكيل الصبي المُميِّز- أي: توكيله لغيره- في تصرفات نافعة له نفعًا محضًا، كقَبول الهبة والهدية.

كما اتفقوا على عدم جواز توكيله فيما كان ضارًّا ضررًا محضًا.

---

(١) **الوكالة في اللغة:**

قال ابن فارس: (الواو والكاف واللام: أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك... وسُمِّي الوكيل لأنه يُوكَل إليه الأمر). «مقاييس اللغة» (٦/ ١٣٦) مادة (وَكَلَ).

الوكالة في اصطلاح الفقهاء:

عَرَّفها الحنفية بأنها: (إقامة الغير مُقام نفسه في التصرف الجائز المعلوم ممن يَملكه). «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٢٥٤).

وعَرَّفها المالكية بأنها: (نيابة ذي حق غير ذي إمْرَة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته). «شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع (ص٣٢٧).

وعَرَّفها الشافعية بأنها: (تفويض شخص أمره إلى آخَر فيما يَقبل النيابة ليَفعله في حياته) انظر: «أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٢٦٠)، و«إعانة الطالبين» للبَكْري (٣/ ١٠٠).

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: (استنابةُ جائز التصرف مِثْلَه فيما تَدخله النيابة). «كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤٦١).

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها في بيان ماهية الوكالة.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضر، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها، فإن المذاهب الأربعة اتفقت على عدم جواز توكيل الصبي المُميِّز. ولم أقف على مُخالِف لهم [(١)].

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفِع القلم عن ثلاثة:... وعن الصبي حتى يَكْبَر» [(٢)].

وَجْه الدلالة: أن مقتضى الحديث إسقاط أقوال الصبي قبل بلوغه، وكذلك أفعاله [(٣)].

٢- أن الوكيل يستفيد ولاية التصرف من مُوكِّله ويَقدر على التصرف مِن قِبَله، فلا يُتصَوَّر أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف، فإذا عَجَز المُوكِّل عن التصرف فيما وَكَّل فيه فوكيله من باب أَوْلَى [(٤)].

***

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢٠)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٢٥٤)، و«الفتاوى الهندية» (٣/ ٥٦١)، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٣/ ٣٨٤)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٦/ ٨٩)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٢٣٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤١٥، ٤٤٠).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: «المجموع» للنووي (٩/ ١٥٦).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٢٥٤)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ١٦).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الصبي المُميِّز المأذون له بالتصرف

صورة المسألة: إذا كان الصبي المُميِّز مأذونًا له بنوع من التجارات، فأراد أن يُوكِّل في هذا النوع المأذون له فيه.

فإن الحنفية والمالكية والحنابلة أجازوا له التوكيل في هذه الحالة. ويكون ذلك مُستثنًى من قولهم في المسألة السابقة (١).

ودليلهم على ذلك:

١- لأنه يَملك التصرف بنفسه فمَلَكه بنائبه، كالمالك الرشيد.

٢- ولأن المأذون له قائم مَقام الآذن فيما هو مأذون له فيه (٢).

٣- ولأن الصبي المُميِّز ممنوع من التصرف لِحَظّ نفسه، فإذا أَذِن له وليه فإنه لا يأذن له إلا فيما له فيه مصلحة، فإذا تحقق ذلك فإن علة النهي تنتفي.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة أدلته. ولأن الإذن في التصرف يتضمن التوكيل وغيره من التصرفات المشروعة.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٢٥٤)، و«الفتاوى الهندية» (٣/ ٥٦١)، و«حاشية ابن الشَّاطّ على الفروق» (٣/ ٢٣٧)، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٣/ ٣٨٤)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٣/ ٢٣٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤١٥، ٤٤٠).

(٢) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤١٦).

سبب الاستثناء:

القياس، وهو قياس الصبي المُميِّز المأذون له بالتصرف- على المالك الرشيد، بجامع مِلكية التصرف في كل.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء؛ لأن إِذْن الولي بالتصرف غالبًا لا يكون إلا فيما هو مصلحة للصغير المُميِّز، باعتبار أن الولي يَعمل بالأصلح لحال الصغير.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (المشقة تَجلب التيسير) لأن التزام الولي بكل مسئوليات الصغير قد يكون فيه مشقة عليه، لا سيما التصرفات الصغيرة التي تكون مصلحتها ظاهرة والصغير يميزها، ففي الإذن للصغير تيسير عليهما، فهو تيسير على الصغير في التوكيل وهذا مصلحة للصغير، ومصلحته للولي في تخفيف العبء عنه [1].

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص٦٤).

المطلب الثاني

استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء- من جواز البيع للوكيل المُطْلَق في البيع

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم البيع للوكيل المُطْلَق في البيع

المراد بالمسألة: إذا وَكَّل رجلٌ آخَرَ في البيع وأَطْلَق الـمُوَكِّل البيع، فإن الوكيل له البيع بمطلق الوكالة كيفما شاء؛ استنادًا إلى مشروعية الوكالة التي أَجْمَع العلماء عليها في الجملة.

قال ابن قدامة: (وأَجْمَعَتِ الأمة على جواز الوكالة في الجملة) (١).

وقد نَقَل ذلك جَمْع من أهل العلم (٢).

ومستندهم في ذلك:

١- **قوله تعالى:** ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ (٣).

---

(١) «المغني» (٥/ ٦٣). وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٢) **وممن نَقَل الإجماع على ذلك:** ابن المنذر في كتاب «الإجماع» (ص٨٠)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١١١)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢/ ١٠٨)، وابن هُبَيْرَة في «اختلاف الأئمة العلماء» (١/ ٤٥٢).

(٣) سورة الكهف: الآية (١٩).

قال الإمام الماوردي عقب استدلاله بهذه الآية: (فلما أضاف الوَرِق إلى جميعهم، وجَعَل لهم استنابة أحدهم؛ دل على جواز الوكالة وصحة الاستنابة) (١).

٢- **قوله تعالى:** ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ۚ﴾ (٢).

قال الإمام الماورديّ أيضًا في مَعْرِض استدلاله بهذه الآية:

(ووَجْه الدلالة منها: أنه لما جاز نظر الأولياء، ونظرهم إنما يكون بتوصية أب أو تولية حاكم، وهما لا يَملكان، كان توكيل المالك في مِلكه أَجْوَز) (٣).

٣- ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «وَكَّلَني رسول الله ﷺ بحفظ زكاة رمضان...» (٤) ودلالته على الوكالة ظاهرة.

٤- ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كُلَّ واحد فِعلُ ما يحتاج إليه، فدعت الحاجة إليها (٥).

***

---

(١) «الحاوي» (٦/ ٤٩٣). وقد سبقت ترجمة الماوردي.

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٣) «الحاوي» (٦/ ٤٩٣).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الوكالة، باب إذا وَكَّل رجلًا، فتَرَك الوكيل شيئًا فأجازه المُوَكِّل، فهو جائز. وإن أقرضه إلى أجل مسمى جاز (٣/ ١٠١) برقم (٢٣١١).

(٥) «المغني» لابن قدامة (٥/ ٦٣).

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد، والبيع نَسَاء

أولًا- التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد:

اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع بغير نقد البلد في الوكيل المُطْلَق في البيع. وقد نَقَل الإجماع على ذلك ابن المنذر (١).

وبِناء عليه، يكون هذا استثناء من قولهم في المسألة السابقة (٢).

ومستند الإجماع:

١- القياس على الشراء، فكما لا يَجوز للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد، فكذلك البيع، بجامع المعاوضة في كل (٣).

٢- ولأن إطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد، فهي قرينة عُرْفية عليه (٤).

وبِناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا بدليل الإجماع.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وقد نَقَل الإجماع على ذلك ابن المنذر، ووافقته المذاهب الأربعة، ولم أقف على مُخالِف لهم.

---

(١) انظر: «الإجماع» لابن المنذر (ص٨٠). وقد سبقت ترجمة ابن المنذر.

(٢) انظر: «العناية» للبابرتي (٨/ ٤٥)، و«التلقين» لابن نصر (٢/ ١٧٥)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٥٣٩)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٩٧)، و«الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٣/ ٤٩٢).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٥٣٩).

(٤) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١)، و«الشرح الكبير لابن قدامة مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤٩١).

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء؛ إذ قاسوا تحريم البيع بغير نقد البلد على تحريم الشراء، بجامع المعاوضة في كل.

كما يمكن عَدّ العُرْف سببًا ثالثًا للاستثناء؛ إذ إن استعمال الناس وتعارفهم على نقد مُعَيَّن- قرينة على أنه المقصود من الإطلاق.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (العادة مُحَكَّمَة) فإذا تعارف الناس واعتادوا التعامل بنقد معين من دون اشتراط صريح، فهو مرعي، ويُعَدّ بمنزلة الاشتراط الصريح(١).

ثانيًا- التحقيق في استثناء البيع نَسَاء:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز البيع نَسَاء للوكيل المطلق في البيع، والواجب عليه أن يبيع حالًّا (٢).

ويكون هذا مستثنى من مشروعية الوكالة في الفرع الأول من هذا المطلب.

ودليلهم على ذلك: أن الأصل في البيع والمعتاد هو الحلول، مع ما يعتري النَّسَاء من تعريض مال الـمُوكِّل للخطر (٣).

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص٨٤)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٣٧).

(٢) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٨٧)، و«التلقين» لابن نصر (٢/ ١٧٥)، و«التاج والإكليل» للمَوَّاق (٧/ ١٨٢)، و«الحاوي» للماوردي (٦/ ٥٣٩)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٩٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤٧٤).

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٦/ ٥٤٠)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤٩١).

نوقش: بأن بيع النسيئة متعارف عليه فأشبه الحالّ، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف [١].

يجاب عنه: بعدم التسليم؛ لأن النَّسَاء وَصْف زائد في البيع وهو خلاف المعتاد، ولا يَتعامل به الناس إلا بالنص عليه.

وإذا سَلَّمْنا بأنه مُتعارَف عليه، فإن في النَّسَاء خطورة يجب صون الـمُوَكِّل منها [٢].

سبب الاستثناء:

العُرْف، وهو ما تعارف عليه الناس من أن الأصل في البيع أن يكون حالًّا.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء، وهي مصلحة صون الـمُوكِّل من خطورة التعامل بالنَّسَاء.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (العادة مُحَكَّمَة) فإذا اعتاد الناس طريقة معينة في البيوع- كما هو العمل في الحلول- فإنه ينصرف إليه في حال الإطلاق، ويكون في حُكْم المشروط [٣].

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/ ٢٧٠).

(٢) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٣١).

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم (ص٨٤)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٣٧).

المطلب الثالث

استثناء المعاصي والأيمان [1]
مما يصح التوكيل فيه من الحقوق

وفيه فرع واحد [2] وهو: التحقيق في استثناء المعاصي والأيمان.

المراد بالمسألة: إذا أراد رجلٌ التوكيل في معاملة مالية مُحَرَّمة أو التوكيل في يمين متوجهة عليه، فلا يجوز له ذلك.

وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في المعاصي والأيمان [3]**، وقد نَقَل ابن هُبَيْرة الاتفاق على ذلك** [4].

ودليلهم على ذلك:

١- أن المعاصي لا يَجوز للـمُوكِّل فعلها أصالة، وإذا لم يَجُز له فعلها بنفسه فلا يَجوز له أن يُوكِّل بها. والقاعدة في باب الوكالة أن كل عقد جاز أن يعقده

---

(١) **ويَدخل في الأيمان:** الإيلاء واللِّعَان والقَسَامة والظِّهَار. انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/ ١٦٢).

(٢) أصل هذه المسألة هو مشروعية الوكالة. وقد سبق الكلام عنها في المطلب السابق.

(٣) انظر: «روضة القضاة» لابن السِّمْناني (٢/ ٦٣٦)، و«الاختيار لتعليل المختار» لابن مودود الموصلي (٢/ ١٥٦)، و«البناية» للعيني (٩/ ٢١٧)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ٥٠١)، و«الشرح الكبير» للدردير (٣/ ٣٨٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/ ١٦٢)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٣/ ٤٤٣)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٣/ ٤٦٥).

(٤) انظر: «اختلاف الأئمة العلماء» لابن هُبَيْرة (١/ ٤٥٦) وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل به غيره [(١)].

٢- ولأن الأيمان تعلقت بعين الحالف؛ لأن مقصود الشارع أن يُعْلَم الصادق من الكاذب، فإذا جاء أحد يُوكِّل غيره أن يَحلف فإنه يَدفع رهبة الشرع في حلفه باليمين، ولو ساغ ذلك لأمكن للشخص أن يفر من تبعة اليمين بتوكيل غيره [(٢)].

٣- ولأن الأيمان فيها تعظيم لله، فأشبهت العبادات المحضة [(٣)].

وبِناء عليه، فإن الاستثناء صحيح باتفاق العلماء.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وهو ظاهر فيمن ساق الاتفاق على ذلك، ولم أقف على مُخالِف له.

كما يمكن عَدّ القياس سببًا ثانيًا لاستثناء الأيمان، وهو ظاهر في قياسهم الأيمان على العبادات المحضة، بجامع تعظيم الله في كل.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثالثًا في استثناء الأيمان، وهي تتجلى في مقصود اليمين، وهي معرفة الصادق من الكاذب في ترهيب الحالف. والتوكيل فيها يُفْقِد اليمين مقصودها.

---

(١) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٧/ ٥٠١)، و«اختلاف الأئمة العلماء» لابن هُبَيْرة (١/ ٤٥٦).

(٢) انظر: «الشرح الكبير» للدردير (٣/ ٣٨٠)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٢٣).

(٣) انظر: «حاشية ابن قاسم على الروض المربع» (٥/ ٢٠٩).

المبحث الثالث

المُستثنَيات في باب إحياء المَوَات

وفيه مطلب واحد، وهو: استثناء الأرض المملوكة لُمعَيَّن، وما تتعلق به مصالح القرية- من جواز التملك بالإِحياء:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مشروعية تَمَلُّك الأرض بالإحياء:

أَجْمَع المسلمون على جواز إحياء الموات والتملك به.

وقد نَقَل الإجماع على ذلك جَمْع من أهل العلم، كالمُوفَّق ابن قدامة [(١)]، وشمس الدين ابن قدامة [(٢)]، وبرهان الدين ابن مفلح [(٣)]، والمَرْداوي [(٤)]، ....

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٥/ ٤١٦). والمُوفَّق ابن قدامة سبقت ترجمته.

(٢) انظر: «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٧٦). وشمس الدين ابن قدامة سبقت ترجمته.

(٣) انظر: «المبدع» (٥/ ٩٨).

وبرهان الدين ابن مفلح هو: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي. وُلِد بدِمَشق سنة (٨١٥هـ)، ونشأ بها، وحَفِظ القرآن، صَنَّف «شرح المُقنع» في الفقه، وطبقات الأصحاب، مُرَتَّبَة على حروف المعجم، سَمَّاه «المَقصِد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد»، وصَنَّف كتابًا في الأصول... وغير ذلك.

تُوفي بدِمَشق سنة (٨٨٤هـ) بمنزله بالصالحية، ودُفِن بالروضة عند أسلافه.

انظر: «الضوء اللامع» للسخاوي (١/ ١٥٢)، و«شذرات الذهب» لابن العماد (٩/ ٥٠٧).

(٤) «الإنصاف، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٦/ ٧٧). =

والشربيني[(١)]، وغيرهم[(٢)].

ومستند الإجماع على ذلك:

١- ما جاء عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَن أَعْمَر أرضًا ليست لأحد، فهو أحق»[(٣)].

وَجْه الدلالة: أن الحديث يدل على استحقاق مِلكية الأرض المَوَات لمن أحياها[(٤)].

= والمَرْدَاوِي هو: عليّ بن سليمان بن أحمد، المَرْداويّ ثم الدمشقي.

فقيه حنبلي، شيخ المذهب وإمامه، ومصححه ومُنقِّحه!!

وُلِد في (مَرْدَا) قرب نابلس، سنة (٨١٧هـ)، وانتَقل في كِبَره إلى دمشق، واشتغل بالعلم فبَرَع وفَضَل في فنون من العلوم، وانتهت إليه رئاسة المذهب. وتُوفي فيها سنة (٨٨٥هـ). من كتبه: «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف». انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (٩/ ٥١٠).

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٣/ ٤٩٥).

والشربيني هو: شمس الدين محمد بن محمد، الشربيني القاهري الشافعي، الخطيب الإمام العَلَّامة.

دَرَّس وأفتى في حياة أشياخه، وانتَفع به خلائق لا يُحْصَون، وأَجْمَع أهل مصر على صلاحه، ووصفوه بالعلم والعمل، والزهد والورع، وكثرة النّسك والعبادة.

شَرَح كتاب «المنهاج» و«التنبيه» شرحين عظيمين، جَمَع فيهما تحريرات أشياخه بعد القاضي زكريا، وأَقْبَل الناس على قراءتهما وكتابتهما في حياته. تُوفي سنة (٩٧٧هـ).

انظر: «شذرات الذهب» لابن العماد (١٠/ ٥٦١).

(٢) انظر: «جواهر العقود» للمنهاجي الأسيوطي (١/ ٢٣٨)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٤٤)، و«تحفة المحتاج» للهيتمي (٦/ ٢٠٢)، و«حاشية ابن قاسم على الروض المربع» (٥/ ٤٧٤).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب المُزارَعة، باب مَن أحيا أرضًا مَوَاتًا (٣/ ١٠٦) برقم (٢٣٣٥).

(٤) انظر: «عمدة القاري» للعيني (١٢/ ١٧٦).

٢- ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَن أحيا أرضًا ميتة، فهي له» (١).

وهو ظاهر في مشروعية التمليك بالإحياء.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمُعَيَّن، وما تتعلق به مصالح القرية

أولًا- التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمُعَيَّن:

المراد بالمسألة: إذا كانت الأرض مملوكة لشخص مُعَيَّن، وكان مِلك الشخص لها عن طريق الشراء أو الهبة أو الإحياء (٢) أو نحوها من طرق التملك، فإنه لا يَجوز

---

(١) أخرجه الترمذي في أبواب الأحكام، باب ما ذُكِر في إحياء أرض المَوَات (٣/ ٦٥٥) برقم (١٣٧٩) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

وأخرجه النَّسَائي في «الكبرى»، كتاب إحياء المَوَات، باب الحث على إحياء المَوَات (٥/ ٣٢٣) برقم (٥٧٢٤) بلفظ: «مَن أحيا أرضًا ميتة فله بها أجر، وما أَكَلَتِ العوافي فله بها أجر».

وقد ذَكَره البخاري في «صحيحه» بصيغة التمريض، فقال: (ويُرْوَى فيه عن جابر عن النبي ﷺ» في كتاب المُزارَعة، باب مَن أحيا أرضًا مَوَاتًا (٣/ ١٠٦) قبل حديث رقم (٢٣٣٥).

قال ابن حجر في «تغليق التعليق» (٣/ ٣١٠):

(فإن قيل: لِمَ مَرَّضَه البخاري، وصححه الترمذي؟!

قلت: الترمذي اتبع ظاهر إسناده. وأما البخاري فإنه عنده مُعَلَّل للاختلاف فيه على هشام في إسناده ولفظ متنه... وفيه اختلاف غير هذا؛ فلهذا لم يَجزم به، والله أعلم، وإن كان ظاهر الإسناد الصحة؛ فقد قَدَّمْنا أنه ربما مَرَّض أحاديث صحيحة الإسناد لعِلل فيها).

(٢) **جماهير العلماء لا يُفَرِّقون بين ما مُلِك بالإحياء وما مُلِك بغيره من جهة الاندثار.** =

إحياؤها ولا تَمَلُّكها بإجماع العلماء، ويكون هذا استثناء من مشروعية التملك بالإحياء.

وقد نَقَل الإجماع على ذلك ابن عبد البر [(١)]، والمُوفَّق ابن قدامة [(٢)]، وشمس الدين ابن قدامة [(٣)]، وبرهان الدين ابن مفلح [(٤)].

ومستند الإجماع على ذلك:

١- ما جاء في حديث عائشة السابق، وفيه أن النبي ﷺ قال: «مَن أَعْمَر أرضًا ليست لأحد، فهو أحق».

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ جَعَل شرط الإحياء عدم مِلكية الأرض لأحد، فإذا كانت الأرض مملوكة فلا يصح الإحياء.

٢- ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أَخَذ شيئًا من الأرض بغير حقه، خُسِف به يوم القيامة إلى سَبْع أَرَضِين» [(٥)].

= **ولم يُفَرِّق بينهما إلا المالكية فقالوا:** ما مُلِك بالإحياء ثم تُرِك حتى دَثَر وعاد مَوَاتًا، فمَن أحياه مرة أخرى فقد مَلَكه؛ لعموم النصوص في الإحياء.

والحَقّ ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن النص جاء مُقيَّدًا بغير المملوك في قوله: «ليست لأحد» فوجب تقييده بذلك. كما أن القياس يقتضيه؛ فسائر الأموال لا يَزول عنها المِلك بالترك، فكذلك ما مُلِك بالإحياء، بجامع المِلك في كل.

انظر: «العناية» للبابرتي (١٠/ ٧١)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٣)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٥/ ٢١٠)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ٤١٧).

(١) «التمهيد» لابن عبد البر (٢٢/ ٢٨٥)، و«الاستذكار» له أيضًا (٣/ ١٤٦).

(٢) «المغني» (٥/ ٤١٦).

(٣) «الشرح الكبير، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٧٧).

(٤) «المبدع» (٥/ ٩٨).

(٥) أخرجه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب إثم مَن ظَلَم شيئًا من الأرض (٣/ ١٣٠) برقم (٢٤٥٤).

وَجْه الاستدلال: أن مَن أحيا أرضًا وهي مملوكة، فإن إحياءه يُعَدّ اعتداءً على حق الغير، يَتعرض به العبد إلى العقوبة من الله [١].

وبِناء عليه، يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص، كما في حديثَي عائشة وابن عمر رضي الله عنهما.

كما يُعَدّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر بمن نَقَل الإجماع من العلماء الذين سبقت الإشارة إليهم.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء، وهي مصلحة حفظ أموال الناس، ومعلوم أن المال من الضرورات الخمس التي جاءت الشرائع بحفظها، فلو سُمح للناس بتملك الأراضي المملوكة بإحيائها، لأَكَل الناس أموال بعضهم! وفي هذا ضرر عظيم على الجميع؛ ولهذا جاء الوعيد الشديد كما في حديث ابن عمر السابق.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار)، والضرر المقصود هو الضرر الحاصل على مالك الأرض بانتزاع مِلكه منه بإحياء غيره لها، وهذا ضرر خاص. كما أن هناك ضررًا عامًّا وهو عدم استقرار أملاك الناس، وهذا ضرر عظيم يجب درؤه وسد بابه [٢].

ثانيًا- التحقيق في استثناء ما تتعلق به مصالح القرية:

المراد بالمسألة: الأرض التي تكون مجاورة للقرية، ولأهلها منافع بها، كأن تكون

---

(١) انظر: «كفاية الأخيار» لتقيّ الدين الحِصْنِي (ص٣٠١).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٨٣)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص١٦٥).

مرعى لماشيتهم أو مُحتطَبًا لهم، أو يكون فيها طرقهم، أو إليها مسيل مائهم... وما أشبه ذلك. فإنه لا يَجوز إحياؤها ولا تُمْلَك بالإحياء، بإجماع العلماء، وتكون هذه المسألة مستثناة من مشروعية التملك بالإحياء.

وقد نَقَل الإجماع على ذلك جَمْع من أهل العلم، كابن عبد البر [(١)]، والمُوفَّق ابن قدامة [(٢)]، وشمس الدين ابن قدامة [(٣)]، وبرهان الدين ابن مفلح [(٤)].

ومستند الإجماع على ذلك:

١- ما جاء عن قَيْلَة بنت مَخْرَمَة [(٥)] رضي الله عنها أنها قالت: قَدِمنا على رسول الله ﷺ فتقدم صاحبِي -تعني حُرَيْثَ بْنَ حَسَّانَ [(٦)]- ....

---

(١) «الاستذكار» (٣/ ١٤٦). وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٢) «المغني» (٥/ ٤١٨) .

(٣) «الشرح الكبير، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٨٩).

(٤) «المبدع» (٥/ ١٠٠).

(٥) هي قَيْلَة بنت مَخْرَمَة التميمية، من بني العنبر، هاجرت إلى النبي ﷺ مع حُرَيْث بن حَسَّان، روى حديثها عبد الله بن حَسَّان العنبري عن جَدَّتَيْه: صفية ودُحَيْبة، ابنتي عُلَيْبَة ، وكانتا ربيبتَي قَيْلَة، وكانت قَيْلَة جَدَّة أبيها. وكانت تحت حبيب بن أزهر، فوَلَدَتْ له النساء، فتُوفي عنها، فانتزعهن عمهن منها، فخرجت إلى النبي ﷺ تبتغي الإسلام. انظر: «أُسْد الغابة» لابن الأثير (٦/ ٢٤٥)، و«الإصابة» لابن حجر (٨/ ٢٨٨).

(٦) (حُرَيْث) والأكثر أنه الحارث بن حسان بن كَلَدَة الرَّبَعِيّ البَكْرِيّ الذُّهْلِيّ. ولعل (حُرَيْث) تصغير لاسمه.

شَهِد الجَمَل مع عليّ، وكانت له صحبة، قَدِم على النبي ﷺ أيام بَعْث عمرو بن العاص في غزوة السلاسل.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (١/ ٢٨٥)، و«أُسْد الغابة» لابن الأثير (١/ ٣٨٦)، و«الإصابة» لابن حجر (١/ ٦٦٤).

وافد بكر بن وائل [(١)]، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه، ثم قال: يا رسول الله، اكتب بيننا وبين بني تميم [(٢)] بالدَّهْنَاء [(٣)] أَلَّا يُجاوزها إلينا منهم أحد إلا مسافر أو مُجاوِر، فقال: «اكتب له يا غلام بالدَّهْنَاء».

فلما رأيته قد أَمَر له بها، شُخِصَ بي [(٤)] وهي وطني وداري، فقلت: يا رسول الله، إنه لم يسألك السَّوِيَّة من الأرض إذ سألك، إنما هي هذه الدَّهْنَاء عندك مُقَيَّد الجَمَل [(٥)]، ومرعى الغنم، ونساء بني تميم وأبناؤها وراء ذلك.

فقال: «أَمْسِك يا غلام، صَدَقَتِ المسكينة، المسلم أخو المسلم، يسعهما الماء والشجر، ويتعاونان على الفَتَّان [(٦)]» [(٧)].

---

(١) هي قَبيلة تُنْسَب إلى بكر بن وائل بن قاسط بن هِنْب بن أفصى بن دُعْمِيّ بن جَدِيلَة بن أسد بن ربيعة بن نِزَار بن مَعَدّ بن عدنان. «الأنساب» للسمعاني (٣/ ٢٨٠).

(٢) هي قبيلة تُنسَب إلى تميم بن مُرّ بن أُدّ بن طابخة، وكانت منازلهم بأرض نجد دائرة من هنالك على البصرة واليمامة، وانتشرت إلى العُذَيْب من أرض الكوفة، وقد تَفَرَّقُوا في الحواضر، ولهم بطون كثيرة. انظر: «تاريخ ابن خَلدون» (٢/ ٣٧٧).

(٣) **الدَّهْنَاء**: هي من ديار بني تميم معروفة، تُقْصَر وتُمَدّ، والنسبة إليها دَهْنَاوِيّ، وهي سبعة أجبل من الرمل في عَرْضها، بين كل جبلين شقيقة، وطُولها من حَزْنِ يَنْسُوعَة إلى رمل يَبْرِين.

وهي من أكثر بلاد الله كلأ مع قلة إغذاء مياه، وإذا أخصبت الدهناء رَبَّعَتِ العرب جميعًا لسَعتها وكثرة شجرها. انظر: «معجم البلدان» لشهاب الدين الحَمَوي (٢/ ٤٩٣).

(٤) يُقال للرجل إذا أتاه أمر غريب يقلقه ويزعجه: قد شُخِص به. ولهذا قيل للشيء الناتئ: شاخص. «غريب الحديث» لأبي عُبَيْد (٣/ ٥٧-٥٨).

(٥) أي أن الجَمَل إذا وَجَدَها كان فيها كالـمُقيَّد، لا يَنزع إلى غيرها من البلاد. «غريب الحديث» للخَطَّابيّ (١/ ٤٦٢).

(٦) أي: الشيطان الذي يَفتن الناس عن دِينهم ويُضِلهم. «جامع الأصول» لابن الأثير (١٠/ ٥٧٩).

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب الخَرَاج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرَضين (٣/ ١٧٧) برقم (٣٠٧٠).

=

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ لما عَلِم أن الأرض التي أقطعه إياها فيها منافع أهل القرية ومصالحهم، رَدَّ ذلك ولم يُمْضِه له.

٢- ما جاء عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «مَن أحيا مواتًا من الأرض في غير حق مسلم فهو له، وليس لعِرْقٍ ظالم حق»[(١)].

= وقال الترمذي في «سُننه» (٣/ ١٥٥):

(حديث قَيْلَة لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن حسان).

قال ابن القطان:

(هو عبد الله بن حسان العنبري، وهو أيضًا غير معروف الحال... ولا أعلم أنه من أهل العلم، وإنما كان عنده هذا الحديث عن جَدّتَيْه، فأَخَذه الناس عنه. منهم أبو داود الطيالسي، والمقرئ، وأبو عمر الحَوْضيّ، وعبد الله بن سَوَّار، وعليّ بن عثمان اللاحقيّ، وحفص بن عمر، وعفان بن مسلم، وموسى بن إسماعيل. فما مِثْلُ هذا الحديث صُحِّحَ، فاعلم ذلك). «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٩٢).

وقال أيضًا: (وهذا غاية في الضعف؛ فإن أحاديث النساء متقاة، محذورة منها قديمًا من أئمة هذا الشأن، إلا المعلومات منهن الثقات، فأما هؤلاء الخاملات، القليلات العلم، اللاتي إنما اتفق لهن أن رَوين أحاديث آبائهن، أو أمهاتهن، أو إخوانهن، أو أخواتهن، أو أقربائهن بالجملة... فإن الغالب في هؤلاء أنهن من المستورات كمساتير الرجال). «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ١٤٦).

(١) أخرجه البزار في «مسنده» (٨/ ٣٢٠) برقم (٣٣٩٣)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١٧/ ١٣)، والنَّسائي في «الكبرى»، كتاب إحياء المَوَات، باب مَن أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد، فهي له (٦/ ٢٣٦) برقم (١١٧٧٧).

وفيه (كَثير بن عبد الله) ضَعَّفه أحمد، ويحيى بن مَعين، والنَّسائي، وابن عَدي، وابن حجر.

انظر: «الكامل» لابن عَدي (٧/ ١٨٧-١٨٨)، و«نَصْب الراية» للزيلعي (٤/ ١٧١)، و«مَجْمَع الزوائد» للهيثمي (٤/ ١٥٧)، و«المَطالب العالية» لابن حجر (٧/ ٤٦٢)، و«فتح الباري» له أيضًا (٥/ ١٩).

وَجْه الاستدلال: أن الحديث قَيَّد جواز الإحياء في غير حق مسلم، فدل بمفهومه على أن ما كان في حق مسلم لا يَجوز فيه الإحياء، فيَدخل فيه ما قارب العمران وما تعلقت به مصالح القرية؛ لأنها حق عام للجميع [(١)].

٣- أن ما قارب العمران وتعلقت به مصالح القرية يكون من مصلحة ذات المملوك؛ ولذا فإنه يُعطَى حكمه [(٢)].

وبِناء عليه، يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو حديثا قَيْلَة وعبد الرحمن بن عوف مع ما يعتريهما من ضعف.

كما يُعَدُّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر فيمن نَقَل الإجماع من العلماء الذين سبقت الإشارة إليهم.

كما تُعَدّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن المنع إنما كان لمصلحة أهل القرية وحاجتهم.

القاعدتان المرتبطتان بالاستثناء:

- يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) وذلك لأن تَمَلُّك ما تتعلق به مصلحة القرية كمرعى ماشيتهم ومُحتطَبهم فيه ضرر على أهل القرية [(٣)].
- كما يَرتبط الاستثناء بقاعدة أخرى، وهي: (ما قارب الشيءَ أُعْطِيَ حُكْمه) والمراد: أن ما قارب العمران وتعلقت به مصالح القرية- يكون

(١) انظر: «شرح الزركشي» (٤/ ٢٦٢).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٨٣).

من مصلحة ذات المملوك؛ ولذا فإنه يُعطَى حُكْمه، فكما لا يَجوز التعرض للمملوك فكذلك ما قاربه يأخذ حكمه [١].

(١) انظر: «المنثور في القواعد الفقهية» للزركشي (٣/ ١٤٤).

المبحث الرابع

المُستثنَيات في باب اللُّقَطة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء العُرُوض ولُقْطة الحَرَم، وما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوال- من جواز تَمَلُّك اللُّقْطة عند تمام التعريف بها.

المطلب الثاني- استثناء ما كان بعد مُضي الحول من عدم الضمان في حال تلف اللُّقْطة في يد ملتقطها.

المطلب الأول

استثناء العُرُوض ولُقَطة الحَرَم، وما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوَال- من جواز تملك اللُّقْطة (١) عند تمام التعريف بها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم تَمَلُّك اللُّقْطة عند تمام التعريف بها

(١) **اللُّقْطَة (بتسكين القاف)** هي: اسم الشيء الذي تجده مُلقًى فتأخذه.

أما اللُّقَطة (بفتح القاف): فهو الرجل اللَّقَّاط يَتبع اللُّقْطات يلتقطها.

انظر: «تهذيب اللغة» للأزهري (٩/ ١٦) مادة (لقط). و«لسان العرب» لابن منظور (٧/ ٣٩٢) مادة (لقط).

اللقطة في اصطلاح الفقهاء:

عرَّفها الحنفية بأنها: (ما يُلتقَط مما يوجد مطروحًا على الأرض من الأموال، من غير الحيوان). «تحفة الفقهاء» للسمرقندي (٣/ ٣٥١).

وعَرَّفها المالكية بأنها: (مالٌ وُجِد بغير حرز محترمًا، ليس حيوانًا ناطقًا ولا نَعَمًا). «شرح حدود ابن عرفة» للرَّصَّاع (ص ٤٢٩).

وعَرَّفها الشافعيّة بأنها: (مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يَجُز، ولا عَرَفَ الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته) «نهاية المحتاج» للرمليّ (٥/ ٤٢٦).

وعَرَّفها الحنابلة بأنها: (اسم لما يُلتقَط من مال، أو مختص ضائع، وما في معناه، لغير حربي، يلتقطه غير ربه) «الإقناع» للحَجَّاوي (٣/ ٤١).

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها في بيان ماهية اللُّقْطة، وإن اختلفت في بعض الشروط مما هو خارج عن الماهية، والتي لا يَسلم منها أي مصطلح.

اختلَف العلماء في حُكْم تَمَلُّك المُلتقِط للُّقْطة إذا عَرَّفها ومضى عليها حَوْل- على قولين:

القول الأول- ذهب جماهير العلماء إلى أن اللُّقْطة تُمْلَك بالتعريف ومُضِي الحَوْل(١).

القول الثاني- ذهب الحنفية إلى أن اللُّقْطة لا تُمْلَك بالتعريف مطلقًا(٢).

دليل القول الأول:

ما جاء عن النبي ﷺ لَمَّا سأله رجل عن اللُّقْطة فقال له: «اعرف عِفَاصها ووِكَاءها(٣) ثم عَرِّفها سَنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»(٤)، وفي رواية: «وإلا

(١) انظر: «شرح الخرشي» (٧/ ١٢٥)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢١)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٨/ ٢٣٤)، و«نهاية المطلب» للجُويني (٨/ ٤٤٦)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٩٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٤١٢)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٣٦) ، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢١٨).

(٢) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ٣)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢٠٢)، و«الهداية» للمرغيناني (٢/ ٤١٨).

واستَثنى الحنفية الفقير فله أن يتملك اللُّقْطة؛ لأن النصوص جاءت بجواز تَصَدُّق المُلتقِط بها، ومِن ذلك صدقته على نفسه إن كان فقيرًا.

والحق: أن النصوص في اللُّقْطة جاءت عامة، ولم تُفَرِّق بين الغني والفقير في تملكها بعد التعريف.

(٣) **(العِفَاص)** هو: الوعاء الذي يكون فيه النفقة، إن كان من جِلد أو خرقة أو غير ذلك.

أما (الوِكَاء): فهو الخيط الذي تُشَد به. انظر: «غريب الحديث» لأبي عُبَيْد (٢/ ٢٠١).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب شُرْب الناس والدواب من الأنهار (٣/ ١١٣) برقم (٢٣٧٢). =

فاستَنْفِقها»[(١)] وفي رواية: «ثم كُلْها»[(٢)] وفي رواية: «ثم أَفِضْها في مالك»[(٣)]، والمراد: أَلْقِهَا في مالك واخلطها به[(٤)].

والاختلاف في هذه الألفاظ كلها من الرواية بالمعنى، فاستنفاقها، أو إفاضتها في المال، أو الأمر بأكلها- كل هذه الروايات بمعنى قوله: «فشأنك بها».

أدلة القول الثاني:

١- ما جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال في اللُّقْطة: «يُعَرِّفْها سَنة، فإن جاء صاحبها وإلا تَصَدَّقْ بها، فإن جاء صاحبها بعدما يتصدق بها فخَيِّره، فإن اختار الأجر كان له، وإن اختار المال كان له ماله»[(٥)].

= ومسلم، كتاب اللُّقْطة، باب معرفة العِفَاص والوِكَاء وحُكْم ضالة الغنم والإبل (٣/ ١٣٤٦) برقم (١٧٢٢).

(١) أخرجها البخاري، كتاب اللُّقْطة، باب ضالة الإبل (٣/ ١٢٤) برقم (٢٤٢٧).

وأخرجها مسلم بلفظ: «ثم استَنْفِق منها» في كتاب اللُّقْطة، باب معرفة العِفَاص والوِكَاء وحُكْم ضالة الغنم والإبل (٣/ ١٣٤٨) برقم (١٧٢٢). واللفظ للبخاري.

(٢) أخرجها مسلم، كتاب اللُّقْطة، باب معرفة العِفَاص والوِكَاء وحُكْم ضالة الغنم والإبل (٣/ ١٣٤٩) برقم (١٧٢٢).

(٣) أخرجها أبو داود في «سُننه»، كتاب اللُّقْطة، باب التعريف باللُّقْطة (٢/ ١٣٥) برقم (١٧٠٧). وصححه الألباني في تعليقه على «سُنن أبي داود» (١/ ٤٧٦).

(٤) «معالم السُّنن» للخَطَّابيّ (٢/ ٨٩).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب اللُّقْطة (١٠/ ١٣٩) برقم (١٨٦٣٠).

وجاء عن ابن مسعود نحوه، برقم (١٨٦٣١).

كما أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» في كتاب البيوع والأقضية، في اللُّقْطة ما يُصْنَع بها (٤/ ٤١٤) برقم (٢١٦٣٦)، وهما موقوفان عليهما.

وَجْه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يَجعل للمُلتقِط الحق في تملك اللُّقْطة بعد تعريفها سنة.

نوقش من وجهين:

أولًا- أنه موقوف، والموقوف لا يُعارِض السُّنة المرفوعة في «الصحيحين» وفي غيرهما.

ثانيًا- أنه ثَبَت عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرفوعًا أنه قال لمن وَجَد لُقْطة: «عَرِّفها حَوْلًا»، فلما كان عند قرن الحَوْل لقيه بها، فقال له المُلتقِط: إني قد عَرَّفتُها فلم تعترف! فقال عمر: «هي لك، إن رسول الله ﷺ أَمَرَنا بذلك»[(1)].

٢- ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال في الرجل يجد اللُّقْطة: «يُعَرِّفها، فإن لم يجد صاحبها تَصَدَّقَ بها، فإن جاء صاحبها خَيَّره، فإن شاء كان له الأجر، وإن شاء أعطاه الثمن وكان له الأجر»[(2)].

---

(١) أخرجه الدارمي في «سُننه»، كتاب البيوع، باب في اللُّقْطة (٣/ ١٦٩٣) برقم (٢٦٤١).

والنَّسائي في «الكبرى»، كتاب اللُّقْطة، ذِكر الاختلاف على الوليد بن كَثير في خبر سفيان بن عبد الله- في تعريف اللُّقْطة (٥/ ٣٤٨) برقم (٥٧٨٧).

والطحاوي في «شرح مُشْكِل الآثار»، باب بيان مُشْكِل ما رُوِي عن رسول الله ﷺ في أحكام اللُّقْطة (١٢/ ١١٧) برقم (٤٦٩٥).

والبيهقي في «الكبرى»، كتاب اللُّقْطة، باب اللُّقْطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تَعترف بعد تعريف سنة (٦/ ٣٠٩) برقم (١٢٠٥٩).

جميعهم من طريق الوليد بن كَثير، عن عمرو بن شُعَيْب، عن عمرو وعاصم ابنَي سفيان بن عبد الله بن ربيعة. قال الراوي عن الوليد- وهو عيسى بن يونس-: وكان الوليد ثقة في الحديث. وأما عمرو وعاصم ابنا سفيان، فقد ذَكَرهما ابن حِبان في «الثقات» (٣/ ٢٨٧) و(٥/ ١٦٩).

(٢) ذَكَره الطحاوي في «شرح مُشْكِل الآثار» في باب بيان مُشْكِل ما رُوِي عن رسول الله ﷺ في أحكام اللُّقْطة (١٢/ ١٢٨) برقم (٤٧٠١).

نوقش من وجهين:

أولًا- أنه موقوف، والموقوف لا يُعارِض السُّنة المرفوعة في «الصحيحين» وفي غيرهما.

ثانيًا- أن التصدق لا يُنْكَر أنه أحد الخيارات المتاحة للمُلتقِط، وهو أرفعها، فربما كانت هذه الآثار تدله على ما هو الأفضل له، وهو لا ينافي صحة التملك بوصف اللُّقْطة مالًا لا مالك له بعد أن عُرِّفت فلم تُعَرَّفْ.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- القول الأول؛ لقوة دليل أصحابه، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء العُرُوض، ولُقْطة الحَرَم، وما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوَال

أولًا- التحقيق في استثناء العُرُوض [(١)]:

يَرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ ذهب بعضهم إلى استثناء العُرُوض من اللُّقْطة التي يصح تَمَلُّكها بعد تعريفها حَوْلًا كاملًا. وهو ظاهر مذهب الحنابلة ومِن مفرداتهم[(٢)].

(١) هي الأمتعة التي لا يَدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيوانًا ولا عَقَارًا.

«المصباح المنير» للفيومي (٢/ ٤٠٢) مادة (عرض).

(٢) انظر: «الإنصاف للمَرْداوي، مع المُقنع والشرح الكبير» (١٦/ ٢٣٩)، و«المِنَح الشافيات» للبُهُوتي (٢/ ٥١٢).

وذَكَر ابن قدامة أن هذا قول قديم للإمام أحمد، وقد رجع عنه. «الكافي» (٢/ ١٩٩).

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء عن سُوَيْد بن غَفَلَة (١) قال: لَقِيتُ أُبَيّ بن كعب (٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال: أَخَذْتُ صُرة مئة دينار، فأتيتُ النبيَّ ﷺ فقال: «عَرِّفها حَوْلًا»، فعَرَّفتُها حَوْلًا فلم أجد مَن يَعرفها، ثم أتيتُه فقال: «عَرِّفها حَوْلًا» فعَرَّفْتُها فلم أجد، ثم أتيتُه ثلاثًا فقال: «احفظ وِعاءها وعددها ووِكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستَمْتِع بها» (٣).

وَجْه الاستدلال: أن الخبر ورد بالأثمان، وغيرُها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها، بخلاف غيرها (٤).

نوقش من أوجه:

أولًا- أن الأحاديث جاءت عامة، فالنبي ﷺ سُئِل عن اللُّقْطة، فأجاب من دون تفريق بين الأثمان وغيرها.

ثانيًا- أن حديث أُبَيّ بن كعب وإن كان وقع في الأثمان، فهو فرد من أفراد العامّ

---

(١) هو: سُويد بن غَفَلة بن عَوْسَجة الجُعْفيّ، يُكْنَى أبا أمية.

أَدْرَكَ الجاهلية، أَسْلَم في حياة النبي ﷺ ولم يره، وكان شريكًا لعمر في الجاهلية، وكان أَسَنَّ من عمر؛ لأنه وُلِد عام الفيل، وكان قد أدى الصدقة إلى مُصَدِّق النبي ﷺ.

ثم قَدِم المدينة يوم دُفِن النبي ﷺ، ثم شَهِد القادسية ثم صِفِّين، سَكَن الكوفة ومات بها في زمن الحَجاج، سَنة إحدى وثمانين، وهو ابن مئة وخَمس وعشرين سنة.

انظر: «الاستيعاب» لابن عبد البر (٢/ ٦٧٩)، و«أُسْد الغابة» لابن الأثير (٢/ ٣٤٠).

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب اللُّقْطة، باب إذا أخبره رب اللُّقْطة بالعلامة، دَفَع إليه (٣/ ١٢٤) برقم (٢٤٢٦).

(٤) «الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٤١).

أو المُطْلَق، فإذا وَرَد حديث مطلق أو عامّ، ثم ورد حديث في فرد من أفراد العامّ أو المُطْلَق، لم يَقتضِ ذلك تخصيصًا للعامّ أو تقييدًا للمُطْلَق؛ لأن حُكْم الجزء مُوافِق لحُكْم الكل، فالله تعالى حين قال: ﴿حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ﴾ [(١)] لم يَقتضِ ذكر الوسطى تخصيص المحافظة عليها من دون بقية الصلوات المفروضة؛ لأن المحافظة مأمور بها في جميع الصلوات [(٢)].

ثالثًا- لو سَلَّمْنا جدلًا أن الخبر مختص بالأثمان فقط، ولم يَرِد ما يدل على غيرها، لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها، كسائر النصوص التي عُقِل معناها ووُجِد في غيرها، وها هنا قد وُجِد المعنى، فيجب قياسه على المنصوص عليه.

رابعًا- إذا صح تَمَلُّك الشاة بالالتقاط، وهي ليست من الأثمان؛ لقوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» [(٣)] صح التقاط غيرها.

خامسًا- أن القول بعدم تملكها بالتعريف يؤدي إلى أحد مَفسدتين، هما:

- إما أن يلتقطها وينادي عليها دائمًا بانتظار صاحبها، وهذا يؤدي إلى تعطيل ماليتها؛ ومِن ثَم هلاكها على صاحبها وعلى ملتقطها، فإذا أبيح له تَمَلُّكها بعد تعريفها أدى ذلك إلى الانتفاع بها، وحِفظ ماليتها على صاحبها وذلك بدفع قيمتها إليه عند العثور عليه.
- وإما أن يتركها فيؤدي ذلك إلى ضياعها، وقد نهى الشرع عن إضاعة المال؛ لأن المسلم إذا عَلِم أنه لن يملكها بالتقاطها، وسوف يتحمل

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٣٨).

(٢) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٨٨)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ٧٩).

(٣) وهو تتمة للحديث الذي سبق تخريجه في أدلة القول الأول، في المسألة السابقة، لَمَّا سُئِل النبي ﷺ عن اللُّقْطة فقال: «اعرف عِفَاصها ووِكَاءها...».

بالتقاطها تعريفها الدائم، كان في التقاطها مشقة وكُلْفة من غير نفع يصل إليه، فيؤدي إلى ألا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع. بخلاف ما إذا قيل للمُلتقِط: (إذا عَرَّفْتَها، فلم يأتِ صاحبها فهي لك) كان في ذلك حث على التقاطها وحِفظها وتعريفها؛ لكونه وسيلة إلى المِلك المقصود للآدمي [١].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ لضَعْف أدلته، ومناقشتها بما لا يَدَع فيها مُستمسَكًا.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بتمسكهم بحديث أُبَيّ بن كعب الذي نص على الأثمان.

ثانيًا- التحقيق في استثناء لُقْطة الحَرَم:

يَرِد الاستثناء على أصحاب القول الأول في الفرع الأول من هذا المطلب؛ إذ ذهب المالكية في قول، وهو المعتمد عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة اختارها ابن تيمية [٢] إلى أن لُقْطة حَرَم مكة لا تُمْلَك بالتعريف، وتكون مستثناة من جواز تَمَلُّك اللُّقْطة بعد تعريفها [٣].

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٨/ ١٥).

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٨٨)، و«مواهب الجليل» للحَطَّاب (٦/ ٧٤)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٨/ ٢٣٤)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٤١٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٩٥)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٤٣٨)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٤٥)، و«الفتاوى الكبرى» لابن تيمية (٥/ ٤٢٣).

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لما فَتَح الله على رسوله ﷺ مكة، قام في الناس فحَمِد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إن الله حَبَس عن مكة الفيل، وسَلَّط عليها رسوله والمؤمنين، فإنها لا تَحِل لأحد كان قبلي، وإنها أُحِلَّتْ لي ساعة من نهار... فلا يُنَفَّر صيدها، ولا يُخْتَلى شوكها، ولا تَحِل ساقطتها إلا لمُنْشِد...»[1] ومِثله عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[2].

٢- ما جاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن لُقْطة الحاج[3].

وجه الاستدلال من الحديثين: أنهما صريحان في المنع من أخذ اللُّقْطة من الحَرَم، أو لُقْطة الحاج عمومًا، وهذا مَنْعٌ مُطْلَق لم يُستثنَ منه إلا مَن يريد تعريفها أبدًا من دون تَمَلُّكها.

نوقش: بأن المراد هو المبالغة في التعريف؛ لأن الحاج يرجع إلى بلده وقد لا يَعُود، فاحتاج المُلتقِط إلى المبالغة في التعريف بها. أو يكون المعنى هنا المبادرة إلى التعريف قبل تفرق الناس، بخلاف غير الحَرَم من البلاد[4].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب اللُّقْطة، باب كيف تُعرَّف لُقْطة أهل مكة (٣/ ١٢٥) برقم (٢٤٣٤). ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخَلَاها وشجرها ولُقطتها، إلا لمُنشِد على الدوام (٢/ ٩٨٨) برقم (١٣٥٥).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب اللُّقْطة، باب كيف تُعرَّف لُقْطة أهل مكة؟ (٣/ ١٢٥) برقم (٢٤٣٣).

ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخَلَاها وشجرها ولُقْطتها، إلا لمُنشِد على الدوام (٢/ ٩٨٦) برقم (١٣٥٣).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللُّقْطة، باب في لُقْطة الحاج (٣/ ١٣٥١) برقم (١٧٢٤).

(٤) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٨٨).

أجيب عنه: بأن الأحاديث وردت في سياق خصوصية الحَرَم، ولا خصوصية إذا كان حُكْم اللُّقْطة فيه كحُكْمها في غيره، فلا بد إذًا من حمله على معنى يختص به الحَرَم، وهذا فيه صيانة لكلام سيد المرسلين من العبث (١).

٣- ولأن حَرَم مكة- شَرَّفها الله- مَثابة للناس يَعُودون إليه المرة بعد الأخرى، فربما يَعُود مالكها من أجلها أو يَبعث في طلبها (٢).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الخصوصية لا تتضح إلا بهذا المعنى، فكما أن الصيد فيه لا يُنَفَّر، وهو معنى واضح في الاختصاص لا يشاركه فيه غيره من البلاد أدنى مشاركة. فكذلك حُكْم اللُّقْطة. ومع ذلك فإِنَّ حُكْم أخذ اللُّقْطة يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص (٣).

والحاصل: أن الحَرَم الآن فيه مكان مُخصَّص للمفقودات يَرجع إليه كل مَن فَقَد شيئًا؛ ولذلك فإن إيصال اللُّقْطة لهم أَوْلَى من تركها وتعريضها للسرقة.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في الأحاديث التي استَدل بها القائلون بالاستثناء.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا؛ وذلك لأن التعريف في الحَرَم لا يفيد غالبًا؛ لكثرة الناس وتَفرُّقهم في مواضع كثيرة، ففي تَمَلُّكها إضرار بصاحبها الذي لا يَبلغه التعريف، وربما رحل إلى قُطْره البعيد فلا يَحصل مقصود التعريف (٤).

---

(١) انظر: «التحقيق في مسائل الخلاف» لابن الجوزي (٢/ ٢٣٣).

(٢) «مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٩٦).

(٣) انظر: «فتح الباري» لابن حجر (٥/ ٩٢).

(٤) انظر: «تهذيب الفروق» لمحمد بن عليّ المالكي (٤/ ٦٦).

فلذلك إذا لم يستطع المُلتقِط التعريف بها أبدًا، فالأَوْلى أن يَترك اللُّقْطة؛ لأن ذلك أقرب لوصولها إلى صاحبها من تعريفها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (الضرر يُدْفَع بقدر الإمكان) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار).

وذلك لأن تمليك لُقْطة الحَرَم لمُلتقِطها مع صعوبة التعريف بها- إضرار بصاحب اللُّقْطة، فيجب أن يُدفَع ضرر فقده لها قدر الإمكان، لا أن نُـمَلِّكها مُلتقِطها، مع ظننا الغالب عدم علمه بالتعريف، وهذا يختلف في غيرها من البلاد؛ إذ الغالب أنها مع التعريف تُعْرَف (١).

ثالثًا- التحقيق في استثناء ما يَمتنع من صغار السباع من الضَّوَال (٢):

يَرِد الاستثناء على أصحاب القول الأول في الفرع الأول من هذا المطلب؛ إذ ذهب المالكية في المُعتمَد، والشافعية (٣) والحنابلة- إلى أن ما يَمتنع من الضَّوَال من صغار السباع، إما بقوة جسمه كالإبل، وإما بعَدْوه كالغزال، وإما بجناحيه كالطير، فإنه ليس لأحد التقاطها للتملك (٤).

---

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٠٧).

(٢) هي الضالة من الإبل والبقر مما يَحمي نفسه، ويَقدر على الإبعاد في طلب المرعى والماء. بخلاف الغنم. وتُستعمل الضالة في الحيوان فقط، فأما الجمادات فهي اللُّقْطة. انظر: «غريب الحديث» لابن الجوزي (٢/ ١٧)، و«النهاية» لابن الأثير (٣/ ٩٨) مادة (ضلل).

(٣) وقَيَّد الشافعية ذلك بما إذا وُجِد في صحراء آمنة. «الحاوي» للماوردي (٨/ ٦).

(٤) انظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٩٢)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٢)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ٥)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٤٠٢-٤٠٣)، و«أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٨٩)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ١٩٢)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢١٠).

ودليلهم على ذلك: أن رجلًا سأل رسول الله ﷺ عن اللُّقْطة، فقال: «عَرِّفها سنة، ثم اعرف وكاءها وعِفَاصها، ثم اسْتَنْفِقْ بها، فإن جاء ربها فأَدِّها إليه» قال: يا رسول الله، فضَالَّة الغنم؟ قال: «خذها؛ فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» قال: يا رسول الله، فضَالَّة الإبل؟ قال: فغَضِب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه- أو: احمر وجهه- ثم قال: «ما لك ولها؟! معها حِذاؤها وسِقاؤها حتى يلقاها ربها»(١).

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ نَهَى عن أخذ ضَالَّة الإبل للتملك، وعَلَّل ذلك بأن معها حِذاءها وسِقاءها حتى يلقاها ربها. وغَضَبُ النبي واحمرار وجنتيه أو وجهه يدلان على أن النهي للتحريم.

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء للحديث الصحيح في ذلك.

وإذا كان هناك عارض يدعو لأخذها خوفًا عليها من الهلاك أو السرقة، جاز أخذها لمصلحة ربها، إلا أن ذلك لا يعني أنه يتملكها بالتعريف؛ لأن الحديث مُعلَّل بالأمن في ضَالَّة الإبل، والحُكْم الـمُعلَّل بعلة يتغير إذا تغيرت تلك العلة.

فإذا كانت غير آمنة جاز التقاطها بغرض حفظها لا تَمَلُّكها، والشارع لَمَّا أَمَر بترك الإبل كان مقصوده وصولها إلى ربها، وقد كان في ترك الإبل في ذلك الوقت سبيل لرجوع المال إلى صاحبه، فإذا تَغَيَّرَ الزمان وصار تركها طريقًا لتلفها، كان الالتقاط هو المُتعيَّن لتحقق مقصود الشارع به، وهو وصولها إلى ربها.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في قول النبي ﷺ في ضَالَّة الإبل: «ما لك ولها؟! معها حِذاؤها وسِقاؤها حتى يلقاها ربها».

---

(١) سبق تخريجه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (ما جاز لعُذْر بَطَل بزواله) المندرجة تحت القاعدة الفقهية: (المشقة تَجلب التيسير).

وبيان ذلك: أن التقاط اللُّقْطة إنما جاز للحِفاظ على ضرورة المال وإيصاله إلى ربه. فإذا كانت هذه الضَّالَّة في مأمن وصار في تركها سبيل لرجوعها إلى صاحبها، فإن الحكم يَزول هنا وتبقى حرمة أموال الناس على عمومها [1].

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٨٥)، و«غمز عيون البصائر» لشهاب الدين الحَمَوي (١/ ٢٧٨).

المطلب الثاني

استثناء ما كان بعد مُضي الحول- من عدم الضمان في حال تلف اللُّقْطة في يد ملتقطها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم الضمان إذا تَلِفَتِ اللُّقْطة في يد ملتقطها

اتفقت المذاهب الأربعة على أن المُلتقِط يده يد أمانة، إذا كان التقاطه للتعريف أو للحفظ، فلا يَضمن إلا في حال التعدي أو التفريط [1].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٦/ ٢٠١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣/ ٣٠١)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٦/ ١١٨)، و«مَجْمَع الضمانات» لأبي محمد البغدادي (١/ ٢٠٩)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٧٦)، و«التمهيد» لابن عبد البر (٣/ ١٢١)، و«الاستذكار» له أيضًا (٧/ ٢٥١)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٩٢)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٨/ ٢٣٥-٢٣٧)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ١٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٨٦)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٤٣٧)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٤٩-٢٥٥)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٠٩-٢١٣).

وقَيَّد الحنفية عدم الضمان بما إذا أَشْهَد الملتقط على أن التقاطه لحِفْظها ورَدِّها لصاحبها، أو في حالة مصادقة صاحب اللُّقْطة للملتقط على أنه إنما التقطها لحفظها. فإن لم يُشْهِد ولم يصادقه صاحبُ اللُّقْطة، فإنه يَضمن.

والحنفيّة يَشترطون الإشهاد على اللُّقْطة، وهو أن يقول: (إني وَجَدْتُ لقطة، فمَن طَلَبها فدُلوه عليَّ) وهو غير تعريف اللُّقْطة؛ ولذلك يَجعلون له أثرًا في الضمان.

أما جماهير العلماء، فيرون أن الإشهاد مستحب، ولا يَتوقف عليه وجوب الضمان من عدمه. =

وقد نَقَل بعضهم الإجماع على ذلك [(١)] لأن اللُّقْطة في الحول أمانة في يد المُلتقِط، فلا ضمان عليه، كالوديعة. ويستدلون بقول النبي ﷺ لَمَّا سُئِل عن اللُّقْطة فقال: «فإن لم يجئ صاحبها كانت وديعة عندك» [(٢)] ومعلوم أن الوديعة أمانة لا تُضْمَن إلا بالتعدي أو التفريط، بإجماع العلماء [(٣)].

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما كان بعد مُضي الحَوْل

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى استثناء تلف اللُّقْطة بعد الحول أو بعد تَمَلُّكها بعد الحَوْل [(٤)] فيكون الضمان على مُلتقِطها إذا ظهر مالكها. وهذا استثناء من

= وتَبِعهم في ذلك أبو يوسف من الحنفية.

وقد نَقَل ابن رشد اتفاق العلماء على أن مَن التَقَط اللُّقْطة، وأَشْهَد على التقاطها، فهلكت عنده، أنه غير ضامن. «بداية المجتهد» (٤/ ٩٢).

(١) انظر: «شرح صحيح البخاري» لابن بَطَّال (٦/ ٥٦٥)، و«الاستذكار» لابن عبد البر (٧/ ٢٥١)، و«المغني» لابن قدامة (٦/ ٨٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: «الإشراف» لابن المنذر (٦/ ٣٣٠)، و«اختلاف الأئمة العلماء» لابن هُبَيْرة (٢/ ٥)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ٩٤).

(٤) **على خلاف بين العلماء:**

فمِنهم مَن يرى أنها تَدخل في مِلك المُلتقِط بمُضي حول التعريف. وهو مذهب الحنابلة.

وبعضهم قال: لا يتملكها إلا باختياره.

فالمالكية يَشترطون النية، فلا بد أن يَنوي التملك لتَدْخُل في مِلكه. وهذا قول عند الشافعية.

والمشهور من مذهب الشافعية أن تَمَلُّك اللُّقْطة يُشترَط له التلفظ.

وللشافعية قول ثالث، وهو أَنَّ تَمَلُّك اللُّقْطة يَحصل بثلاثة أشياء، وهي: (مُضي السَّنة، ولفظ التملك، والتصرف الذي يزيل المِلك). =

المسألة السابقة المتضمنة عدم وجوب الضمان على المُلتقِط [١].

ودليلهم على ذلك:

١- أنها دخلت في مِلكه وتَلِفَتْ من ماله، ويتصرف فيها كما يتصرف في أمواله، وتصرفه فيها بإذن الشرع، وإِذْن الشرع في التصرف فيها لا يَمنع من ضمانها متى ما ظهر مالكها، بدلالة قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها» [٢] وإذا استهلكها صارت دَيْنًا في ذمته، سواء أَفَرَّط أم لم يُفَرِّط ([٣]).

٢- أن تَمَلُّك اللُّقْطة ينقلها من الأمانة إلى الاقتراض؛ ذلك أن عقد الأمانة عقد يُقصَد به حفظ العين، وليس تَمَلُّك العين، فإذا تَمَلَّكَها كان ذلك بمنزلة الاقتراض لها، والقرض مضمون مطلقًا، فإذا تلفت بعد تملكها ضَمِنها إن ظهر مالكها [٤].

نوقش الدليلان: بأن المُلتقِط إذا قام بتعريفها سَنة، ولم يأتِ صاحبها في أثناء

= وذهب بعض الحنابلة إلى أن تَمَلُّك اللُّقْطة متوقف على اختيار الملتقط لذلك بعد مُضي الحول وتمام التعريف.

انظر: «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢١)، و«نهاية المطلب» للجُويني (٨/ ٤٤٦)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٣٦) .

(١) انظر: «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢١-١٢٣)، و«الحاوي» للماوردي (٨/ ١٥-١٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٥٨٧)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٤٤٤)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٥٦)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٢٢٠-٢٢١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: «الحاوي» للماوردي (٨/ ١٥-١٦)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٦/ ٢٥٦).

(٤) انظر: «أسنى المطالب» للسُّنَيْكي (٢/ ٤٩١).

التعريف، فقد اكتَسَب هذا المال وصار من جملة أمواله [١] لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها»، وقوله ﷺ: «وإلا فهي لك» [٢].

يجاب عنه: بأن تَمَلُّك المُلتقِط للُّقْطة مشروط بعدم ظهور مالكها كما هو نص الحديث، فإنْ ظَهَر صاحبها انتفى الحُكْم، وهذا هو مفهوم الشرط في لغة العرب[٣].

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة دليلهم. ولأن الضمان هنا يتوافق مع مقصود اللُّقْطة التي جاءت لحفظ حق صاحبها.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو قياسهم اللُّقْطة بعد تَمَلُّكها على القرض، في وجوب الضمان بجامع تعلقهما في الذمة.

(١) انظر: «روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٤١٥).

(٢) سبق تخريجهما.

(٣) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني (٢/ ٤٤).

الفصل الثاني

المُستثنَيات الفقهية
في التصرفات المالية غير المشروعة

وفيه مبحث واحد، وهو: المُستثنَيات في باب الغصب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا- من وجوب رد عينه.

المطلب الثاني: استثناء مَن غَصَب خيطًا وخاط به جُرْح حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب، ووجوب الرد حينئذٍ، ولزوم ذبح الحيوان- من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه مِن خَلْعه.

المطلب الأول

استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا- من وجوب رد عينه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم رد المغصوب

اتَّفَق العلماء على أن الواجب على الغاصب رد العين المغصوبة.

ونَقَل الإجماع على ذلك جَمْع من أهل العلم، كابن حزم (١)، وابن هُبَيْرة (٢)، وابن رشد (٣) والمُوَفَّق ابن قدامة (٤).

ومستند الإجماع على ذلك:

١- عموم أدلة حرمة مال المسلم، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ (٥)، وكقول النبي ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» (٦).

وَجْه الاستدلال: أنه إذا كان غَصْب مال المسلم مُحَرَّمًا، فإن الردع عن المعصية واجب، وذلك بِرَدّ المغصوب (٧).

---

(١) «مراتب الإجماع» (ص٥٩). وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٢) «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ١٢). وقد سبقت ترجمة ابن هُبَيْرة.

(٣) «بداية المجتهد» (٤/ ١٠١). وقد سبقت ترجمة ابن رشد.

(٤) «المغني» (٥/ ١٧٧). وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٥) سورة البقرة: الآية (١٨٨).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٤٨)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٧٧).

٢- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أَخَذَتْ حتى تؤديه» (١).

وَجْه الاستدلال: أنه يجب على الإنسان ردّ ما أَخَذَتْه يده من مال غيره (٢).

٣- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبًا أو جادًّا، فمَن أَخَذ عصا أخيه فليَرُدّها إليه» (٣).

وَجْه الاستدلال: أن قوله: «فليَرُدّها» نص صريح في وجوب رد ما أُخِذ بغير حق.

٤- ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا بِرَدّه (٤).

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا

أَجْمَع العلماء على استثناء حالة هلاك المغصوب من وجوب رد عينه، وحينئذٍ يكون الضمان واجبًا على الغاصب، إما بالِمثل وإما بالقيمة، كُلٌّ بحَسَبه (٥).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «نيل الأوطار» للشوكاني (٥/ ٣٥٦).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب مَن يأخذ الشيء على المزاح (٤/ ٣٠١) برقم (٥٠٠٣).

والترمذي، أبواب الفتن، باب ما جاء لا يَحِلّ لمسلم أن يُروِّع مسلمًا (٤/ ٤٦٢) برقم (٢١٦٠) وقال: (وهذا حديث حسن غريب، لا نَعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب).

(٤) انظر: «فتح القدير» لابن الهُمَام (٩/ ٣٢٢)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٧٧).

(٥) **وقد نَقَل الإجماع على ذلك:** ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٠٠)، وابن هُبَيْرة في «اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ١٢).

ودليلهم على ذلك:

١- ما جاء عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعامًا في قَصْعَة [(١)]، فضَرَبَتْ عائشة القَصْعَة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[(٢)].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ رد بدل القصعة والطعام لَمَّا تلفا، فيدل على أن مَن أتلف شيئًا لغيره فعليه ضمانه [(٣)].

٢- ما جاء عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أَعْتَق شِرْكًا له في عبد، فكان له مال يَبلغ ثمن العبد، قُوِّم عليه قيمة العدل، فأَعْطَى شركاءَه

= وانظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ٥١)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٤٨-١٤٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/ ٢٢٣)، و«العناية» للبابرتي (٩/ ٣١٨)، و«فتح القدير» لابن الهُمَام (٩/ ٣١٨)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ١٨٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/ ١٠١)، و«شرح الخرشي» (٦/ ١٣٣-١٣٥)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٧/ ٩٠-٩٨)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ١٣٦)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ١٨)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٤٨)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ١٥١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/ ١٧٧)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ١٠٦).

(١) **القَصْعَة**: وعاء يُؤكل فيه ويُثْرَد، يُشْبِع العَشَرة، وكان يُتخَذ من الخشب غالبًا.

انظر: «طِلْبَة الطَّلَبَة» للنَّسَفي (ص١٢٤) مادة (قصع)، و«المعجم الوسيط» لمَجْمَع اللغة العربيّة (٢/ ٧٤٠) مادة (قصع).

(٢) أخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء فيمن يُكْسَر له الشيء، ما يُحكَم له من مال الكاسر (٣/ ٦٣٢) برقم (١٣٥٩) وقال: (هذا حديث حسن صحيح).

كما أخرجه البخاري بلفظ آخَر من دون ذكر الضاربة (عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) في كتاب المظالم والغصب، باب إذا كَسَر قَصْعَة أو شيئًا لغيره (٣/ ١٣٦) برقم (٢٤٨١).

(٣) انظر: «سُبُل السلام» للصنعاني (٢/ ١٠١).

حصصهم، وعَتَقَ عليه العبد، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ»[(١)].

وَجْه الاستدلال: أن النبي ﷺ أَمَر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها مُتْلَفة بالعتق[(٢)].

٣- ولأنه لما تَعَذَّرَ رد العين، لزمه رد ما يَقوم مقامها[(٣)].

وبِناء عليه، يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر كما في حديثَي أنس وابن عمر.

كما يُعَدّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر فيمن نَقَل الإجماع من العلماء.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (إذا تَعَذَّرَ الأصل يصار إلى البدل)، فإذا تَعَذَّرَ رد العين المغصوبة (وهو الأصل) إما لهلاك وإما لغيره، فإنه يصار إلى بدله من مِثل أو قيمة[(٤)].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب تقويم الأشياء بين الشُركاء بقيمةِ عَدْل (٣/ ١٣٩) برقم (٢٤٩١).

ومسلم، كتاب العتق، باب مَن أَعْتَق شِرْكًا له في عبد (٣/ ١٢٨٦) برقم (١٥٠١) واللفظ لمسلم.

(٢) «المغني» لابن قدامة (٥/ ١٧٨).

(٣) «حاشية الروض المربع» لابن قاسم (٥/ ٤٠٤).

(٤) انظر: «المنثور» للزركشي (١/ ١٢٩)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٨٧).

المطلب الثاني

استثناء مَن غَصَب خيطًا وخاط به جُرْح حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب، ووجوب الرد حينئذٍ، ولزوم ذبح الحيوان- من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه مِن خلعه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حُكْم مَن غَصَب خيطًا وخاط به جُرْح حيوان، وخِيف عليه مِن خَلْعه

اتفقت المذاهب الأربعة- ولم أقف على مُخالِف لهم- على أن مَن غصب خيطًا وخاط به جُرْح حيوان وخِيف عليه مِن خَلْعه- أن الواجب عليه بدل الخيط (١) وذلك لأنه يتعذر رده؛ لأن الضرر لا يُزال بمثله، ولأن للحيوان حرمة في نفسه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكله (٢).

(١) انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني (٧/ ١٤٩)، و«الذخيرة» للقرافي (٨/ ٣٢٧-٣٢٨)، و«مِنَح الجليل» لمحمد عليش (٧/ ١٠٣)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ١٩٨-٢٠٢)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٥٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٦٦)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ١٩٠)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ١٥٤)، و«كشاف القناع» للبُهُوتي (٤/ ٨٥).

(٢) أخرج أبو داود في «مراسيله» في باب فضل الجهاد- أن النبي ﷺ أوصى رجلًا غزا، فقال: «ولا تَقطع شجرة مثمرة، ولا تَقتل بهيمة ليست لك بها حاجة، واتقِ أذى المؤمنين» (١/ ٢٣٩) برقم (٣١٦).

قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٦٠): =

ويُستدَل لهم أيضًا بما سبق ذكره في المطلب السابق، في حالة تعذر رد المغصوب.

***

الفرع الثاني: التحقيق في استثناء ما إذا كان الحيوان مأكولًا للغاصب

استَثنى بعض العلماء ما إذا كان الحيوان المأكول الذي خِيط جُرْحه بالخيط المغصوب- مملوكًا للغاصب، فإنه يَلزم الغاصب حينئذٍ ذبحه ورَدّ الخيط.

وهو قول عند المالكية، ورواية مرجوحة عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة(١).

ودليلهم على ذلك: أنه يمكن رد العين المغصوبة بذبح الحيوان والانتفاع بلحمه على وجه مباح، فلا يصار إلى البدل، وهو صريح أمر النبي ﷺ في قوله: «على اليد ما أَخَذَتْ حتى تؤديه»، وقوله: «مَن أَخَذ عصا أخيه، فليَرُدّها إليه» (٢).

نوقش: بأن فيه ضررًا على الغاصب، وربما يكون الضرر الواقع عليه أكثر من الضرر الواقع على المغصوب منه.

= (إن هذا الإيراد خطأ، وأبو داود قد وصل إسناده به إلى القاسم مولى عبد الرحمن، وأظن أبا محمد نَقَل من نسخة كان قد سَقَط منها إسناده، وبحَسَب ذلك لم يَجعل له عيبًا سوى الإرسال والانقطاع. فأما مَن وقف على إسناده إلى القاسم، فسيَعلم أن فيه مجهولًا لا يصح الحديث من أجله ولو اتصل، وهو عثمان بن عبد الرحمن... وفيه راوٍ مُختلَف فيه، وهو القاسم مولى عبد الرحمن).

(١) انظر: «الذخيرة» للقرافي (٨/ ٣٢٧-٣٢٨)، و«الحاوي» للماوردي (٧/ ١٩٨)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٥٦)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ١٥٤)، و«كشاف القناع» للبُهوتي (٤/ ٨٥).

(٢) سبق تخريجهما.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا: أن في منع المالك منه إضرارًا به، فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه- أَوْلى من دخوله على الغاصب.

ثانيًا- أن القول بذبح الحيوان المأكول المملوك للغاصب فيه زجر له عن استدامة المعصية، وهذا مَقصِد شرعي(١).

الراجح:

يترجح- والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الأصل هو رد العين المغصوبة ما أمكن. كما أن فيه تقليلًا للغصب والعدوان على الناس بالتغليظ عليهم.

ولكن يجب أن يؤخذ في الاعتبار ما إذا قَصَد المغصوب مُضارَّة الغاصب في مِثل ذلك، كأن يكون الضرر على الغاصب كثيرًا، وليس لصاحب العين المغصوبة غرض صحيح بعينه؛ فيَتوجه هنا القول بالبدل.

سبب الاستثناء:

النصان اللذان استُدل بهما على وجوب رد العين المغصوبة ما أمكن.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا، وهي مصلحة رد العين المغصوبة لصاحبها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يَرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهية: (إذا تَعَذَّرَ الأصل يصار إلى البدل)، فإذا تَعَذَّرَ رد العين المغصوبة (وهو الأصل) لهلاك وغيره، فإنه يصار إلى بدله من مِثل أو قيمة.

---

(١) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ١٩٩).

ومفهوم القاعدة: أنه إذا لم يتعذر الأصل فإنه لا يصار إلى البدل، كما في المسألة المستثناة، فإنه يجب ذبح الحيوان المأكول إذا كان للغاصب؛ لِرَدّ الخيط المغصوب الذي خِيط به جرحه؛ لإمكان التوصل له على وجه مباح [(١)].

تتمة:

يَذكر الشافعية والحنابلة تفريعًا على هذه المسألة، وهو ما لو مات الحيوان الذي خِيط جرحه بالخيط المغصوب، فهل يَلزم رد الخيط في هذه الحالة أو لا؟

اتفقوا على لزوم رد الخيط في هذه الحالة؛ لأن عدم الرد في الحياة إنما كان خَشية التلف وقد أُمِن بالموت.

وقَيَّد الشافعية ذلك بأن لا يَفحش حال الحيوان بعد النزع.

وقد استَثنى الحنابلة ما لو كان الحيوان آدميًّا معصومًا، فلا يَلزم رد الخيط. وهو قول في مقابل الأصح عند الشافعية [(٢)] لأن حرمته باقية حيًّا وميتًا، وقد قال النبي ﷺ: «كَسْر عَظْم الميت ككسره حيًّا» [(٣)].

---

(١) انظر: «المنثور» للزركشي (١/ ١٢٩)، و«شرح القواعد الفقهية» للزرقا (ص٢٨٧).

(٢) انظر: «الحاوي» للماوردي (٧/ ٢٠١)، و«روضة الطالبين» للنووي (٥/ ٥٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني (٣/ ٣٦٦)، و«تكملة المجموع» للمطيعي (١٤/ ٢٧٣)، و«الشرح الكبير لابن قدامة، مع المُقنع والإنصاف» (١٥/ ١٥٧)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/ ٢٣)، و«مَطالب أُولِي النُّهَى» للرُّحَيْبَاني (٤/ ١٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت (١/ ٥١٦) برقم (١٦١٦).وأخرجه أبو داود، كتاب الجنائز، باب في الحَفَّار يجد العظم، هل يَتنكب ذلك المكان؟ (٣/ ٢١٢) برقم (٣٢٠٧).

وحَسَّنه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٤/ ٢١٢) و(٥/ ٧١٣).

وصَحَّح إسناده ابن المُلَقِّن في «البدر المنير» (٦/ ٧٦٩).

ولذلك فإني أُرَجِّح صحة الاستثناء للنص المذكور؛ لئلا تُمتهَن حرمة الموتى، وللقاعدة الفقهية: (دَرْء المفاسد أَوْلَى من جلب المصالح) المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى: (لا ضرر ولا ضِرار) لأن دَرْء مَفسدة امتهان الموتى أَوْلَى من مصلحة رد الخيط المغصوب لصاحبه.

ولَئِن كان الشارع قد أَمَر بِرَدّ الحقوق إلى أهلها، فإنه قد نَهَى عن امتهان حرمة الآدمي. واعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات؛ ولذلك سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة، ولم يُسامَح في الإقدام على المنهيات ولا سيما الكبائر [1].

(١) انظر: «المُوافَقات» للشاطبي (٦/ ٤٤٦)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص٨٧).

الخـــاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على مَن بعثه الله خاتمًا للرسالات.

وبعد:

فهذه خاتمة بحث (المُستثنَيات الفقهية في المعاملات المالية) أُوجِز فيها أهم النتائج التي توصلتُ إليها كما يأتي:

- **أن الاستثناء عند الأصوليين:** هو إخراج بعض الجملة بـ(إلا) أو ما قام مَقامها.
- **أما الاستثناء عند الفقهاء،** فهو غير ما تقرر عند الأصوليين، فهم يُطْلِقون الاستثناء في المسائل الفقهية ويريدون به المعنى الأعم من الحد الأصولي والنَّحْوي من جهة أداته.
- فهو يشمل كل ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلامٍ مُتقدِّم، كالاستثناء بواسطة النص والقياس والاجتهاد... وغيرها.
- أن الاستثناء إما أن يكون بالنص، ويتفرع عنه الكتاب والسُّنة والإجماع.
- وإما أن يكون بالاجتهاد، ويتفرع عنه القياس، والاستحسان، والاستصحاب، والاستصلاح، والعُرْف.
- أن أسباب الاستثناء قد تتعدد لمُستثنًى واحد وحُكْم واحد، وقد يتجاذب المُستثنَى الواحد أسباب عِدَّة لأحكام مختلفة، فيَسلك الفقيه فيها مسلك الترجيح بين الأدلة عند التعارض.
- **أهمية علم أصول الفقه للفقيه،** ولا يستقيم استدلال الفقيه إلا عن طريقه، ومعرفة دلالات الألفاظ ومعانيها والفروق بين المسائل، ومعرفة ما يَدخل في الحُكْم وما لا يَدخل فيه.

- أن كل عقد قائم على الغرر أو الجهالة أو الربا، فإن الشريعة تنهى عنه؛ حمايةً لأموال الناس.
- أن ألفاظ الشارع إذا وردت مُطْلَقة ولم تُبَيَّن كيفيتها؛ فإنه يجب فيها الرجوع إلى العُرْف، كمعرفة الرضا والقبض في البيوع.
- أن إِذْن الشارع في الانتفاع بالشيء لا يصحح بيعه، كإباحة الانتفاع بالكلب وإباحة تناول الميتة للمضطر، من دون إجازة بيعهما.
- أن الغرر اليسير الذي لا يَئول إلى النزاع بين المُتعاقدَين مما تدعو الحاجة إليه- معفو عنه في عقود المُعاوَضات؛ لمشقة التحرز منه.
- كاستثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة- من عدم جواز بيع اللبن في الضرع.
- أن بيع المعدوم ليس منهيًّا عنه مطلقًا لعلة العدم، بل المنع ينحصر فيما كان فيه غرر، فليست العلة في المنع الوجود أو العدم.
- ولذلك صَحَّح الشرع بيع المعدوم الذي انتفى فيه الغرر، كجواز بيع الثمر بعد بُدو الصلاح والحَب بعد اشتداده.
- أن الأصل أن الوقف عقد لازم لا يَجوز الرجوع فيه، وهذا إجماع الصحابة الفعلي.
- لا يَجوز بيع الوقف إذا لم تكن هناك مصلحة للوقف وأهله، أو كانت المصلحة مساوية. أما إذا كانت المصلحة راجحة، فيَجوز بيعه.
- أن الهبة تصح بالعقد ولا تَلزم إلا بالقبض، ويحق للواهب الرجوع في هبته ما لم يقبضها الموهوب له، إلا هبة الوالد لولده، فيَجوز له الرجوع بعد القبض إذا كانت الهبة في مِلك الموهوب له على حالها.

- يَجوز تعليق الهبة بالشرط والوقت، كقولك: (إذا قَدِم فلان، فقد وَهَبْتُك كذا وكذا) وكقولك: (وَهَبْتُك داري شهرًا).
- لا يَجوز تخصيص بعض الولد في الهبة، إلا إذا كان التخصيص لمعنى يقتضيه، كأن يكون في الولد حاجة أو زَمَانة، أو كان الحرمان من الهبة لبعض ولده لفسقه، فيَجوز.
- ليس لصاحب الحق مُطالَبة الضامن ابتداءً، بل المُطالَبة تتوجه للمَدين إلا إذا تعذرت مُطالَبته.
- أن الأصل في ضمان المتلفات أن تُضْمَن بمِثلها، فإنْ تَعَذَّرَ المِثل يصار إلى القيمة.
- يجب الضمان على أصحاب البهائم فيما أفسدته البهائم ليلًا، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهارًا، إلا أن تكون البهيمة في يد إنسان فيجب الضمان على مَن هي بيده، سواء أكان الإتلاف ليلًا أم نهارًا.
- يَجوز للمُلتقِط تَمَلُّك اللُّقْطة إذا عَرَّفها ومَضَى عليها الحَوْل، إلا أن تكون لُقْطة حَرَم، أو مما يَمتنع من الضوال من صغار السباع.

وأخيرًا: أرجو أن أكون قد شاركتُ في خدمة الفقه الإسلامي، ولا أدعي أنني وَفَّيْتُ الموضوع غايته، فإن كنتُ وُفِّقْتُ فيه للصواب فتوفيق من الله المتفضل الوهاب، وإن قَصَّرْتُ فهذا جهد المُقِلّ وبضاعته المزجاة، وأستغفر الله الكريم التواب، وعذري أني بذلتُ فيه قُصَارى جهدي، والنقص طبيعة البشر، وقَلَّما يَخلص مُصنِّف من الهفوات أو ينجو مُؤلِّف من العثرات.

كما أسأله سبحانه أن ينفع بهذا العمل، وأن يَجعله خالصًا لوجهه الكريم.

وآخِر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصَلَّى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة